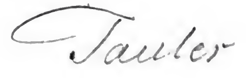
THÉORIE RAISONNÉE DU CODE CIVIL

Marc Joseph Frédéric Taulier




Tauler



<36622176200011

THÉORIE RAISONNÉE

DU CODE CIVIL.

PARIS. — IMPRIMERIE DE J.-R. GROS,
Rue du Foin-Saint-Jacques, 18

6

THÉORIE

RAISONNÉE

DU CODE CIVIL

PAR

M. J. FRÉDÉRIC TAULIER

AVOCAT A LA COUR ROYALE

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

Chevalier de la Légion-d'Honneur

TOME PREMIER.

PARIS

ALPHONSE DELHOMME, LIBRAIRE-ÉDITEUR

rue du Pont-de-Lodi, n. 3, près le pont Neuf.

PRÉFACE.

Le livre que j'entreprends est le résultat d'une conviction ardente.

Je veux restituer à la science du droit civil le caractère de pureté qui la rend belle ; je veux la montrer dans ce qu'elle a de primitif, d'intime et de fécond; en rendre l'étude plus attrayante et plus facile aux esprits novices, et ramener les esprits exercés à ces éléments dont la netteté fait la puissance, dont la simplicité fait la profondeur.

Je ne me livrerai pas ici à l'examen critique des ouvrages de ceux qui m'ont précédé dans la carrière : cette tâche conviendrait peu à l'auteur d'un livre nouveau.

Je rends hommage à de laborieuses investigations dont j'ai profité, et je m'incline devant des réputations noblement conquises.

Toutefois, je dois signaler une funeste ten-

dance à l'accumulation de tous les genres dans une même œuvre.

Les auteurs qui ont exploré jusqu'à présent le Code civil compliquent à chaque instant ses doctrines par celles du droit romain, du droit coutumier, de l'ancienne jurisprudence et de la jurisprudence moderne; ils évoquent tous les temps à la fois, et consultent simultanément toutes les sources, se faisant un auxiliaire des inspirations les plus diverses.

Ce pêle-mêle d'idées, qui est aujourd'hui si fort à la mode, jette l'hésitation dans les esprits, produit des longueurs fatigantes pour ceux qui savent le droit, décourageantes pour ceux qui ne le savent pas; il enlève aux principes leur netteté et les expose à périr, car les principes sont la sève du droit, et la sève meurt souvent à cause du luxe même de la végétation.

Cependant, chaque genre est en lui-même éminemment utile, et peut porter les fruits les plus précieux pour la science, mais à condition qu'il sera complet; or, un genre ne peut être complet s'il n'est isolé.

Que les uns s'attachent donc exclusivement à comparer les institutions civiles des Romains avec les institutions actuelles; qu'ils les étudient dans leur esprit et dans les détails qui servent

de forme à l'esprit même ; que d'autres s'efforcent de ramener à un système d'unité les principes des coutumes ; qu'ils révèlent leur connexité avec les principes admis aujourd'hui : de ces rapprochements approfondis, consciencieux, jailliront les plus vives lumières.

Que d'autres, travaillant sur un plan plus vaste, assistent à l'origine d'une idée dans la loi des douze tables ; qu'ils la suivent dans ses développements graduels ou ses transformations successives sous la république et l'empire ; qu'ils la retrouvent en France dans les pays de droit écrit ; qu'ils l'interrogent aussi dans les coutumes, dans le droit intermédiaire ; qu'ils montrent, enfin, la coopération de chaque idée passée à l'enfantement de chaque idée présente ; ce sera une histoire juridique, ce sera une autre source large et féconde, et lorsque le Code civil, fils des temps modernes, pourra produire au grand jour ses ancêtres encore équivoques, lorsqu'on saura bien d'où chacune de ses parties dérive, on le comprendra, on l'interprétera mieux, et l'on aura mieux aussi le secret de ses tendances et de ses destinées futures.

Quant à la jurisprudence des arrêts, qui est la science relative du droit, c'est-à-dire la

science dans ses rapports avec les caprices des faits et dont je ne saurais trop blâmer la complaisante intervention dans les œuvres théoriques, elle peut fort bien être soumise à une analyse raisonnée; sous cette multiplicité d'opinions contradictoires, l'on peut retrouver, sinon un système, au moins une tendance; sinon des vérités combinées, au moins une moralité, une sorte d'harmonie. Que quelqu'un se livre à cette patiente décomposition des arrêts relatifs aux diverses parties du Code civil, et désormais la doctrine pourra associer à la vie qui lui est propre et qui se compose d'éléments généraux, rationnels, invariables, les tendances et les harmonies jurisprudentielles.

Joignez à ces travaux ceux qui ont pour but de découvrir l'élément philosophique de la loi, son sens intime fondé sur la différence du juste et de l'injuste, son esprit recherché dans ce qui est le plus généralement vrai, ou bien dans la vérité spéciale et relative dont elle s'est inspirée, et même dans le rapprochement de ses dispositions diverses, vous aurez alors toutes les parties qui composent la vraie science.

Le monument sera majestueux dans son ensemble, parce que toutes ses parties seront achevées; chaque jurisconsulte aura apporté le

tribut de ses veilles spéciales à la formation du grand œuvre, comme chaque ouvrier apporte son industrie particulière dans la construction d'un édifice; chacun renoncera à être universel pour ne pas encourir le reproche d'être superficiel et confus; chacun sera moins fécond, mais plus utile; moins téméraire, mais plus sage, et toutes les gloires seront d'accord avec la conscience.

Pour moi, j'étais convié au genre rationnel par la nature même de mes fonctions, et c'est en m'attachant à ce genre que j'ai voulu faire un livre qui fût un hommage aux principes.

J'expose donc la loi considérée dans son individualité actuellement vivante : oubliant le droit romain, l'ancienne jurisprudence et la jurisprudence moderne, c'est par elle-même que je développe la loi et que je l'explique, m'adressant à la raison universelle, c'est-à-dire à la loi de Dieu, à ce sens moral commun à tous les hommes, et qui est toujours sûr de rallier à lui la majorité des suffrages, m'adressant aussi à la raison relative, aux considérations sociales devant lesquelles la vérité générale a dû fléchir, et m'efforçant d'asseoir chaque principe, chaque théorie sur la conciliation de cette double base.

C'est par ce procédé que je marche à la découverte de ce que la loi a voulu être, afin de savoir ce qu'elle est; c'est avec le flambeau qui éclarait nécessairement le législateur lui-même que je tâche de pénétrer dans le fond de sa volonté écrite, et de lui dérober son sens, sa portée les plus intimes, comme on surprend le secret d'un être vivant à sa parole et même à son silence.

Je révèle les questions les plus graves qui naissent des textes; je m'efforce de montrer leur véritable origine et de placer la lutte sur son véritable terrain; je me demande comment le législateur aurait prononcé lui-même pour être conséquent avec ses autres volontés, ou pour ne pas heurter la nature générale des choses; je tâche ainsi de passer du connu à l'inconnu, m'attachant aux sommités, n'oubliant pas qu'en présence de toute difficulté la conviction se détermine par quelques idées saillantes, et qu'un livre de doctrine ne doit pas recueillir celles qui font l'art d'une plaidoierie ou le luxe d'une dissertation, n'oubliant pas, enfin, qu'il est des questions sur lesquelles un mot puisé dans la souveraine raison, dans le sens intime, dans la vérité universelle ou dans le but spécial de la loi, jette plus de lumière

que tout un échafaudage d'érudition construit à grands frais.

On ne trouvera donc pas dans mon livre un peu de tout : en additionnant un peu de tout on n'arrive pas à beaucoup de choses. Mais les principes nettement exposés, leurs conséquences naturellement déduites, leurs luttes sommairement formulées et appréciées, les veines, les muscles, les traits, l'ame de la loi s'y dessineront tout entiers.

J'offre mon livre à ceux qui commencent à étudier le droit et à ceux qui ont besoin de fortifier ou d'étendre des connaissances déjà acquises; en présence de vérités premières et fondamentales, parées de leurs propres attraits ou animées de cette grande vie commune à toutes les sciences morales, ils graviront insensiblement la pente, et pour eux l'étude du lendemain viendra s'ajouter sans effort à l'étude de la veille.

Je l'offre encore aux jurisconsultes livrés à la pratique des affaires, et entraînés, par la multiplicité de leurs préocupations, loin de ces idées générales qui servent de guide et de lumière dans le dédale de l'application. Il sera pour eux comme une source pure où ils devront se retremper; ils y trouveront quelquefois des

armes pour leurs combats de tous les jours; ils n'y chercheront jamais en vain les vérités primitives qui sont la préparation la plus sûre à toute discussion sur des points spéciaux et l'image fidèle du premier coup de rame qui enlève doucement la barque au rivage.

Je l'offre, enfin, aux magistrats qui, forcés d'entendre le développement de doctrines contradictoires et de rechercher sans cesse le rapport du droit avec le fait, ont tous besoin de se recueillir parfois devant le tableau vrai, sincère, impartial de la loi qui est; par goût et par devoir ils aimeront à contempler la physionomie de la loi réfléchie par les principes, et à la faire revivre dans leur esprit, comme on aime à contempler sur la toile des traits connus, mais que l'on redoute de voir s'affaiblir dans la mémoire du cœur.

Source pour étudier, source pour se retremper, tableau pour se recueillir, telles sont les trois faces sous lesquelles j'ai conçu et par lesquelles se révèle l'utilité de mon œuvre.

N'est-il pas vrai que l'homme dont la vie pratique vouée au droit est protégée, inspirée par de saines théories, apportera plus d'élévation dans ses vues, plus de vérité et de sagesse dans ses déterminations, plus de dignité et

de conscience dans toute sa manière d'être?

Tout se lie et s'enchaîne dans l'organisation morale : si la religion est pour l'homme le principe de toute vertu, la substance rationnelle du droit est une sorte de religion pour le jurisconsulte, la source du talent réel, le flambeau qui illumine la pensée, qui dirige les applications, la sauvegarde contre l'arbitraire et surtout contre la routine, cette fatalité du monde judiciaire.

Ma méthode n'est pas exclusivement dogmatique : les traités sur le Code civil ont l'inconvénient grave de le bouleverser et d'isoler d'une manière trop complète l'œuvre de l'auteur de l'œuvre de la loi.

Je ne m'astreins pas non plus à suivre un à un les articles du Code pour en faire l'exégèse; les commentaires, en respectant d'une manière absolue l'ordre des idées du législateur, les présentent sous un aspect trop morcelé; le lien qui les unit s'efface, on voit des anneaux et on se demande où est la chaîne.

Je tiens donc un milieu entre le commentaire et le traité : ainsi, je n'ai rien changé à la disposition des titres, des chapitres, des sections; mais je n'ai pas renoncé à déranger parfois la série des articles qui composent l'une de

ces divisions et même à isoler, quoique bien plus rarement, les paragraphes d'un même article, pour former un ensemble dans lequel chaque fraction prend la place que je crois devoir logiquement lui assigner.

J'ai placé en tête de mon livre une introduction où se trouvent largement exposées les vérités fondamentales du droit, qui sont le fil réellement conducteur : ces généralités, trop dédaignées, seront d'un puissant secours pour les uns, elles raviveront l'esprit des autres.

Indocti discant et ament meminisse periti.

Homme jeune, j'ai compris la nécessité, j'ai éprouvé le besoin d'être de mon siècle.

L'histoire, qui n'était naguère qu'un tissu de vérités de convention et de flatteries adressées à certains personnages ou à certains préjugés, est devenue noble, sévère, philosophique, interrogeant avec patience et scrupule les monuments contemporains, et demandant aux sources les plus cachées des enseignements sérieux et féconds.

La littérature et la poésie, naguère efféminées, mythologiques et noyant la puissance de toute idée dans la pompe des périphrases, sont désormais ramenées à la nature.

Il fut des temps aussi où le pédantisme dominait dans le droit, où des subtilités scolastiques compromettaient la dignité et l'utilité de la loi, et où le raisonnement régnait aux dépens de la raison. Il reste des traces de ces temps passés ; il y a encore au fond de la science actuelle quelque chose qui manque d'ampleur, de vérité et d'élévation. Pourquoi le droit ne tendrait-il pas à une régénération complète comme la littérature, la poésie et l'histoire?

Je m'efforce donc d'être simple, naturel, vrai, et je vise peu à cette tortueuse habileté qui n'est qu'un décevant effort de l'esprit et une stérile richesse.

Le style d'un ouvrage de droit réclame certainement les plus grands soins : j'ai à cœur de prouver que la science qui renferme la plus haute moralité et qui est l'ame du monde social ne mérite pas le reproche de sécheresse et d'aridité qui lui est adressé tous les jours. Chacune de mes phrases a été méditée, combinée, élaborée lentement, afin que la pensée eût le plus de clarté, et l'expression le plus de pureté possible.

Enfin, je ne crains pas de faire remarquer les imperfections de la loi, et de critiquer certaines théories.

Pour le magistrat, il n'y a point de texte inutile, point d'erreur législative, point de lacune dans les détails, point de désordre dans l'ensemble ; il applique les principes aux espèces particulières qui lui sont soumises, et la docilité est sa gloire, car elle est son premier devoir.

Mais le professeur a une autre mission, il explique, et comment toujours expliquer sans jamais critiquer? Comment abdiquer ce droit sans jeter ceux qui étudient dans des perplexités dont ils ont à demander compte à celui qui leur doit clarté et vérité? D'ailleurs, qui exprimera des idées nouvelles, qui jetera des aperçus ignorés dans le domaine de la science, si ce n'est l'homme d'enseignement et de doctrine? Enfin, la critique aide le progrès, bien plus, elle le protége, car elle l'éclaire.

Loin de moi la pensée de proclamer une indépendance absolue et de substituer de capricieuses rêveries aux vérités admises. En toutes choses, j'aime le progrès, mais le progrès réfléchi, rationnel, successif ; le progrès qui combat, mais qui respecte ; le progrès qui signale, appelle et salue l'avenir, mais n'insulte pas au présent ; qui tend à développer, à rectifier ce qui est, mais qui maintient les bases universelles et immortelles posées par l'auteur

suprême de tout ordre de choses ; qui n'a pas besoin de dire malédiction à l'idée expirante, mais assiste de sang-froid à son heure dernière ; que n'inspire ni l'ambition ni l'impuissance, mais l'amour du beau et du vrai ; qui prend pitié des systèmes décrépits, mais les aime encore comme de nobles ruines, types précieux de comparaison entre ce qui fut, ce qui est et ce qui va être ; le progrès, en un mot, courtois dans ses attaques, loyal dans ses désirs, modéré dans ses espérances, fondateur et conservateur.

Désormais les formules de modestie sont usées ; quand un homme met tout son esprit à dire qu'il n'en a point, qui est-ce qui peut le croire ?

Toutefois, en terminant cet exposé, j'appelle la critique de tous mes vœux ; je considérerai comme une bonne fortune la critique sincère, décente, loyale, et j'aimerai toujours à profiter de ses avis. J'avoue, au reste, que déjà je ne puis me défendre d'une satisfaction intérieure : par ces premiers efforts, que d'honorables suffrages ont encouragés, j'ai payé un tribut à ma position et accompli un devoir.

Grenoble, janvier 1840.

INTRODUCTION.

Le DROIT est la science des lois considérées dans le monde moral.

La LOI, en termes généraux, est une règle prescrite par une volonté à laquelle on est tenu de se soumettre ; c'est un ordre ou une défense.

Je divise immédiatement le droit en droit naturel et en droit positif.

Le premier est l'ensemble des lois antérieures à l'humanité et venant de Dieu même.

Le second est l'ensemble des lois faites par l'homme et nécessitées par la vie sociale.

L'un est un type primitif, divin.

L'autre est un type secondaire, humain.

Cette division, ainsi jetée en avant, rendra plus facile l'intelligence des opinions diverses émises sur la nature du droit : elle se justifiera ensuite d'elle-même.

Portalis, organe de l'école spiritualiste, a dit dans

le discours préliminaire du Code civil : « Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature des choses. »

Bentham, organe de l'école expérimentale, a dit : « Le droit, à proprement parler, n'est que la créature de la loi. »

L'antagonisme, on le voit, est nettement formulé.

L'école expérimentale, interrogeant les faits, se fondant sur ce qui est, étudie les vérités en elles-mêmes et pour elles-mêmes, indépendamment de toute source première et nécessaire; elle n'aperçoit, dans le droit, que l'expression des besoins de la vie, expression formulée par l'homme, directement et sans le secours d'un type original.

Pour elle, les tendances naturelles que Dieu a faites ne sont pas le droit, elles sont le principe des relations que le droit réglera, et le droit sera l'ouvrage de l'homme.

Pour elle, le droit est une conséquence; la science du juste et de l'injuste est fille de la volonté humaine. Dieu n'a créé que des impulsions instinctives et de vagues avertissements; l'œuvre de l'homme est seule réelle, saisissable et positive.

Le spiritualisme, au contraire, partant sans cesse de Dieu pour remonter sans cesse à Dieu, admet des limites du juste et de l'injuste invariablement fixées : pour lui, le droit est un principe supérieur à l'homme,

condition de son être individuel et de sa nature sociale ; pour lui, la raison ne se borne pas à organiser les instincts, elle les exclut ou au moins elle les précède et les domine ; pour lui, enfin, le droit, dans son essence, loin d'être une élaboration humaine, est l'œuvre directe de Dieu ; c'est la lumière des individus, c'est la vaste intelligence des peuples, c'est la religion morale de l'univers.

Aux esprits *positifs* qui demandent ce que signifie un droit éternel commun à tous les êtres humains, et qui, préoccupés de ce qu'il y a de contradictoire dans les établissements des législateurs et les coutumes des peuples, prétendent qu'une notion préconçue du droit est inconciliable avec des lois essentiellement changeantes, les spiritualistes répondent que la révolte des instincts n'est pas un motif pour nier la suprématie de la raison ; qu'une lumière obscurcie par des passions diverses n'en a pas moins sa clarté réelle, et que si l'homme, abandonné à son libre arbitre, source de la moralité de ses actions, méconnaît la vérité naturelle, les rapports de notre être à tout ce qui l'environne n'en sont pas moins évidents et inaltérables dans leur essence.

Pour moi, je sympathise de toute la puissance de mes convictions avec le spiritualisme ; j'aime à reporter directement jusqu'à Dieu cet ensemble de règles que je sais sans les avoir apprises, et aux-

quelles je dois obéir pour être heureux et contribuer au bonheur des autres; je suis plus fier d'avoir reçu de Dieu des préceptes nettement formulés, que d'en avoir obtenu des *impulsions instinctives* et de *vagues avertissements*, et quand je me soumets à la souveraineté primitive de l'auteur même de mon être, je sens que ma nature est plus noble et plus grande que si je subissais la souveraineté de mon semblable. Alors, je dis avec Portalis : « Le droit est la raison universelle, c'est la suprême raison. »

Mais si, après avoir payé ce premier tribut, ou plutôt après avoir rendu ce premier hommage à la divinité, l'on veut se rendre compte des faits révélés par l'histoire ou qui s'accomplissent chaque jour, s'expliquer la puissante intervention de l'homme dans l'organisation des sociétés humaines, et définir la sécularisation du droit primitif dont la source est divine, il faut dire, non pas, certes, avec Bentham, *que le droit est la créature de la loi*, mais qu'il y a un droit se composant de modifications et d'innovations introduites par l'homme dans l'œuvre première et divine.

Ainsi, j'accepte les termes de Portalis, comme donnant une idée vraie des préceptes éternels dont chacun apporte, en naissant, la science intime; puis, je range dans un ordre secondaire les préceptes formulés par l'homme et qui ne sont connus à l'homme

que par une révélation extérieure; j'ai désormais trouvé le droit naturel et le droit positif, et l'ensemble de leurs préceptes constitue la science de toutes les lois.

On le voit donc, si j'isole le droit positif du droit naturel, ce n'est pas que le premier puisse être une création arbitraire, libre dans ses allures, indépendante dans ses conceptions, souveraine absolue dans ses résultats : au contraire, ainsi que je l'ai fait pressentir, subordonné au droit naturel, le droit positif doit s'inspirer par lui, s'appuyer sans cesse sur lui, il doit être le droit naturel même accommodé aux besoins sociaux, aux nécessités, aux infirmités humaines; je reconnais bien à l'homme le pouvoir d'appliquer, de développer, de réglementer ou de modifier l'œuvre de Dieu, mais non pas celui de réformer ou de nier Dieu lui-même.

« Ne cherchez donc pas dans la loi (le droit positif) ni une création, ni une fantaisie, a dit un magistrat dans un article fort remarquable, vous n'y trouverez qu'un choix; tantôt non écrite, vivant par la tradition populaire et dans la mémoire des anciens, elle s'exprime en symboles, et se nomme coutume; tantôt écrite et se perpétuant comme livre dans la main des savants, elle se traduit en formules et se nomme code; mais toujours elle a pour effet de rendre pénalement obligatoire ce qui n'était obliga-

toire que moralement; toujours elle se borne à rendre visible le lien déjà existant et à nous astreindre comme membres de l'état, tandis que le droit continue à nous tenir comme membres de l'humanité. » (M. Massot, *Revue de législation*, tome 9, pag. 192.)

Ainsi, en d'autres termes, le droit naturel, à mes yeux, c'est le pur droit; le droit positif, c'est la loi formulée par l'homme, la loi avec un sens relatif : dans cette théorie, tout se lie et s'enchaîne logiquement : la cause suprême, la source universelle et vraie, c'est Dieu; puis vient la raison qui se confond avec Dieu; le droit qui s'identifie avec la raison; la loi qui est l'expression extérieure, saisissable et le style du droit.

Veut-on voir maintenant les conséquences extrêmes du principe de Bentham? « Quand on prétend, dit-il, que la loi ne peut pas aller contre le droit naturel, on emploie le mot droit dans un sens supérieur à la loi : on reconnaît un droit qui attaque la loi, qui la renverse et l'annule. Dans ce sens anti-légal, le mot droit est le plus grand ennemi de la raison et le plus terrible destructeur des gouverments....

».... Je puis rester debout ou m'asseoir, entrer ou sortir, manger ou ne pas manger, etc.; la loi ne prononce rien sur cela. Cependant, le droit que j'exerce à cet égard, je le tiens de la loi, parce

que c'est elle qui érige en délit toute violence par laquelle on voudrait m'empêcher de faire ce qui me plaît. » (*Traité de législation civile et pénale.*)

Ainsi, voilà le droit réduit à une pure découverte humaine dont l'auteur aurait dû, sans doute, obtenir un brevet d'invention; voilà le droit devenu fantaisie, caprice; voilà les peuples soumis au bon plaisir des législateurs qui n'ont plus de frein, et dont les élucubrations n'auront plus de guide et plus de limites! Voilà la volonté humaine qui improvise le crime et imagine la vertu! Quel abus du raisonnement commis au nom de la raison! Quelle atteinte portée à la sécurité, à la stabilité de l'ordre social, au nom même des principes conservateurs!

C'est surtout en présence de telles aberrations que l'on aime à redire ces paroles si profondes et d'une vérité si saisissante : « Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux. » (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 1, chap. 1.)

Et que Bossuet est noble lorsqu'il s'écrie : « Il n'y a pas de droit contre le droit! » proclamant ainsi la préexistence des vérités indestructibles devant les-

quelles le législateur humain doit incliner sa puissance.

Enfin, quelle consolante philosophie, et quels gages pour la liberté des peuples dans ces paroles : « Il n'y a, à proprement parler, qu'une justice, qui vient de Dieu ! (*Grand Coutumier*, titre *De la haute justice.*)

Au reste, c'est bien dans le sens des doctrines spiritualistes qui viennent d'être exposées que notre Code civil a été conçu. Le spiritualisme est tout entier dans la distinction du droit naturel et du droit positif, c'est-à-dire du droit pur et de la loi. Or, dans le livre préliminaire qui devait être placé en tête du Code civil et qui fut retranché par le seul motif que la loi doit dicter des prescriptions et non pas enseigner des doctrines, se trouvait cet axiome proclamé comme fondement par l'art. 1er. « Il existe un droit universel et immuable, *source de toutes les lois positives :* il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes. »

Enfin, dans le discours préliminaire du projet de Code civil, Portalis, après avoir dit : « Le droit est la raison universelle, la suprême raison, » ajoutait : « Les lois sont ou ne *doivent être* que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers....... Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le

législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. »

Le droit naturel et le droit positif étant ainsi compris, il importe plus particulièrement de signaler leurs divers caractères.

Le droit naturel est primitif, car il est inhérent à l'existence des choses.

Il est immédiat, c'est-à-dire qu'il se révèle de lui-même et qu'il est de lui-même obligatoire pour chaque homme. *Est non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus; verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus.* (Cic. *pro Milone.*)

Il est un et universel, c'est-à-dire commun à tous les temps et à tous les lieux, parce qu'il repose sur l'essence même des choses, qui est partout la même.

Il est uniforme et invariable, car l'essence des choses sera toujours ce qu'elle est.

Il est évident et palpable, parce qu'il consiste tout entier en faits sans cesse présents à l'entendement humain et d'une démonstration facile pour chacun.

Enfin, il est bienfaisant pour tous les hommes, en leur enseignant à tous les véritables moyens d'être meilleurs et plus heureux.

Le droit positif est secondaire; c'est une œuvre humaine.

Il n'est pas immédiat, car la volonté du législateur humain ne peut se révéler que par des moyens humains et être obligatoire que du jour où s'opère cette révélation extérieure.

Il n'est pas un, il n'est pas universel, mais local et accidentel. Fait par les hommes et pour les hommes, il doit convenir aux temps, aux lieux, aux mœurs, aux circonstances.

Il est changeant et variable. « Il varie comme la société. A chaque révolution opérée par un peuple, les conditions d'existence changent; de là, changement dans le droit. A chaque rapport nouveau que se crée une des institutions sociales, le tout se modifie; de là, modification dans le droit. C'est le sort de toutes les sciences morales intimement liées aux destinées de l'homme; faisant, pour ainsi dire, corps avec lui, elles ont leur âge comme le genre humain, leurs progrès et leurs décadences comme les nations, leurs limites et leurs défaites comme les états........ Voyageur idéal, quand l'heure du repos est écoulée, le droit part et brise les passagères habitations qu'il s'était faites; puis, des ruines éparses sur le sol, il tire quelques matériaux pour les replacer dans des constructions nouvelles, mais là, s'ils conservent leur nature première, ils se présentent du moins

sous un aspect et avec des effets nouveaux ; le bloc qui soutenait le seuil d'une chaumière, façonné par les siècles, orne à la fin les murs d'un palais : le jury, on l'a dit, a son origine dans les forêts de la Germanie ; entre recourir en cassation et fausser le jugement, que de siècles, quel abîme ! et pourtant pas à pas l'un a mené jusqu'à l'autre. La France, dans l'intervalle, était devenue de chaumière palais. » (M. Massot, *Revue de législation*, tom. 9, pag. 191 et 193.)

Le droit positif n'est ni évident, ni palpable, car il est établi par les hommes d'après des faits passés ou des prévisions de l'avenir, témoignages équivoques et suspects.

Enfin, s'il est bienfaisant dans son but, puisqu'il tend à l'intérêt général, il n'est pas bienfaisant dans son essence, car il peut se tromper dans ses moyens.

Cette diversité de caractères entre les deux droits, révèle mieux encore la suprématie de l'un et la dépendance de l'autre, et dans leurs différences mêmes, on voit le lien mystérieux qui unit le second avec le premier, comme une conséquence avec son principe, un rayon avec son foyer, la voix avec la pensée, l'œil avec l'ame.

Leur intimité est une source de salut.

Le droit pur qui aurait pu suffire même à l'homme social, sans ses passions et les infirmités de

sa nature, ne lui suffit pas; or, la loi positive lui prête l'appui d'une organisation étudiée et didactique; elle le protège par la force de ses sanctions matérielles et complète ainsi son efficacité.

De même, la loi positive ne pouvait embrasser toutes les actions des hommes; les unes par leur nature, les autres parce qu'elles restent secrètes, échappaient à son influence : et, d'ailleurs, nos pensées, pouvait-elle les atteindre? Or, le droit pur domine l'individu, il domine l'homme social, il lui apprend que tout ce qui est toléré par le droit positif n'est pas honnête : *non omne quod licet honestum est* (l. 194, ff. *de reg. jur.*), et qu'il ne suffit pas d'observer les préceptes de celui-ci pour être sans reproche. Alors, apparaissant avec ses propres préceptes primitifs et immédiats, il s'identifie avec la morale et la religion. Droit naturel, morale, religion, trilogie conservatrice, qui attire doucement l'homme vers le bien par la paix de sa conscience, par l'estime de ses semblables et par l'espoir si profondément consolateur d'une autre vie. Que serait l'homme, que seraient les sociétés, avec les seules influences de la loi positive? Matière organisée, se mouvant comme par une convulsion galvanique, ne voyant dans le droit que l'empire de la force, et dans le devoir qu'une violence brutale, les individus et les sociétés incapables de résignation, de passions généreuses,

esclaves nécessaires d'un égoïsme sans noblesse et sans moralité, tendraient sans cesse à troubler l'harmonie privée et l'harmonie générale : mais que la loi positive se dise fille de Dieu ; que les vérités éternelles dont elle émane soient comprises et respectées; qu'au lieu de les étouffer par un fatal dédain, les dépositaires des pouvoirs humains proclament leur règne et s'appliquent à familiariser avec elles les esprits grossiers et les instincts en révolte, quelle conquête pour l'ordre! quelle puissance de protection pour toutes les harmonies terrestres! quels gages précieux pour le paisible développement du progrès de l'humanité, vaisseau déjà loin du rivage, tantôt battu par les tempêtes, tantôt éclairé par des jours sereins, qui vogue sans pouvoir jeter l'ancre, et attend que Dieu lui donne un port!

Chaque peuple a un droit positif, cause et effet de la civilisation même; le droit positif, considéré chez un peuple en particulier, s'appelle droit civil, *jus civitatis*, droit de la cité.

Ainsi, le droit positif des Français est le droit propre à la cité française; le droit national, le droit civil français.

Le droit civil comprend, chez tous les peuples, le droit public et le droit privé.

Le droit public se compose de trois parties distinctes : droit des gens, droit constitutionnel, droit administratif.

Le droit des gens est celui qui régit les rapports des nations entre elles. C'est le droit des relations extérieures, le droit international.

Il est primitif ou secondaire : primitif, c'est le droit naturel appliqué aux nations dans leur contact mutuel; secondaire, il embrasse des règles fondées sur des alliances et des traités.

Montesquieu l'envisageait sous le premier point de vue quand il a dit : « Le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe, que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la guerre, le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts.......... Toutes les nations ont un droit des gens, et les Iroquois mêmes, qui mangent leurs prisonniers, en ont un. Ils envoient et reçoivent des ambassades; ils connaissent des droits de la guerre et de la paix : le mal est que ce droit des gens n'est pas fondé sur les vrais principes. » (*Esprit des lois*, liv. 1, chap. 3.)

Le droit constitutionnel est celui qui pose les bases et détermine la forme du gouvernement. C'est lui qui répartit les pouvoirs dont se compose la souveraineté, c'est-à-dire le pouvoir législatif qui fait les lois, le pouvoir exécutif qui les fait mettre

à exécution, et le pouvoir judiciaire qui les applique au nom même du pouvoir exécutif dont il n'est qu'une branche.

« Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, dit Montesquieu, la puissance législative est unie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les faire exécuter tyranniquement.

» Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de la puissance exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

» Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs, celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. » (*Esprit des lois*, liv. 11, chap. 6.)

La meilleure constitution d'un état est donc celle qui répartit le mieux ces trois pouvoirs. A cet égard, l'homme est depuis longtemps à la recherche d'un

type parfait, et ses essais divers ont produit bien des révolutions.

La solution du problème est encore abandonnée à l'avenir.

Le droit administratif ne s'isole pas toujours très-bien du droit constitutionnel : on peut dire néanmoins qu'il en est la mise en œuvre; qu'il offre l'ensemble des principes et des règles par lesquelles s'opère sa réalisation pratique.

« Le droit des gens, le droit constitutionnel et le droit administratif, dit M. Rossi, sont trois grandes parties du même tout, le droit public.

» Si le droit contitutionnel nous montre la structure et les formes particulières de ce corps politique indépendant, autonome, la nation française, le droit des gens nous explique les rapports de ce corps souverain avec les autres nations, avec les autres membres indépendants et souverains de la famille humaine.

» Si le droit constitutionnel nous fait connaître à grands traits l'organisation sociale et politique du pays, le droit administratif nous expose la machine politique dans ses moindres détails et dans ses nombreuses applications; il nous apprend à la faire fonctionner, à en suivre la marche, à en recueillir les résultats. Le droit constitutionnel et le droit administratif se tiennent par un rapport assez

analogue à celui qui existe entre le droit proprement dit et la loi de procédure. » (Introduction au cours de droit constitutionnel, *Revue de législation*, tom. 3, pag. 91.)

Le droit privé est l'ensemble des règles qui régissent les rapports des citoyens considérés entre eux, abstraction faite de la forme du gouvernement sous lequel ils vivent; telles sont les règles relatives à la famille, aux conventions, aux successions, etc.

Appliqué à la vie ordinaire, normale, nécessaire, le droit privé s'appelle droit civil proprement dit.

Appliqué à la vie exceptionnelle, à la position spéciale des négociants, c'est le droit commercial.

Système de règles à suivre pour soumettre un litige aux tribunaux, pour obtenir d'eux la justice, pour faire réformer une sentence, pour la faire mettre à exécution, c'est la procédure civile ou commerciale.

Dictionnaire raisonné des faits défendus et punissables, et des peines portées contre ces faits, c'est le droit pénal.

Système de règles à suivre pour obtenir des tribunaux la répression des faits punissables, c'est une autre espèce de procédure appelée instruction criminelle.

Il est évident que si ces classifications sont logiques et naissent les unes des autres, on pourrait néanmoins les multiplier par des subdivisions.

Il est évident encore que si le droit privé a sa source dans des rapports inévitables des citoyens entre eux, et qui se produisent ou peuvent se produire tous les jours, sous tous les gouvernements possibles, il ne se rattache pas moins par de nombreux liens au droit public des nations. L'organisation civile des familles, la suprématie hiérarchique des ascendants, connue sous le nom de puissance paternelle, la dépendance plus ou moins étroite, plus ou moins prolongée des descendants; la position respective de l'homme et de la femme dans le mariage, les caractères du mariage même; la division des biens territoriaux, le droit de les transmettre en mourant, les conditions et les proportions de cette transmission; le régime commercial, ses bases, son esprit; l'indication des faits défendus dans l'intérêt de quelques-uns ou dans l'intérêt de tous; le choix des peines, leur sévérité plus ou moins grande; la fiscalité dans les procédures civiles; les formes violentes ou protectrices dans la procédure criminelle, sont autant de points qui dépendent de l'organisation sociale, religieuse et politique d'un pays.

S'il en est ainsi, c'est que le droit, multiple dans ses applications, est un et indivisible comme théorie, comme abstraction émanant de Dieu; c'est qu'à ce titre il pénètre l'humanité, et que, dès lors, dans l'histoire de celle-ci, dans ses faces changeantes,

dans les mille formes extérieures qu'elle revêt tour à tour, l'on doit retrouver les rayonnements d'un même tout, qui, placé au fond, anime les variétés de surface, comme le même principe de vie explique les mouvements divers du même corps.

Jusqu'à présent j'ai parlé du droit pris comme science de toutes les lois, dans l'ordre moral, ou comme branche de cette science même.

Le mot droit signifie aussi *faculté*, c'est-à-dire pouvoir de faire une chose avec liberté de ne pas la faire. L'on dit, en ce sens, avoir droit de voyager, de voter, de faire son testament, de succéder, etc.

Tout droit produit un devoir. Un homme ne peut pas avoir un droit sans qu'un autre homme ne soit tenu à quelque chose envers lui.

Ainsi, droit et devoir sont deux idées essentiellement corrélatives.

L'une exclut la nécessité, l'autre exclut la liberté.

Les droits sont publics, politiques ou civils.

Les droits publics sont les facultés inhérentes à l'organisation morale de l'homme, et qui appartiennent à chacun, indépendamment de toute concession de l'individu ou de la société.

Ces droits sont la liberté individuelle, la liberté de conscience, celle de publier ses opinions, l'égalité devant la loi.

Ces droits n'exigent aucune capacité spéciale, ils appartiennent à tout être humain, à l'homme, à la femme, à l'enfant, au vieillard, au riche, au pauvre.

Toutefois, ils ne sauraient s'exercer dans l'état de société, avec leur énergie primitive; il est des sacrifices et des limites imposés à chacun dans l'intérêt de tous. La société est une perpétuelle transaction.

Les droits politiques sont les facultés qui naissent de la forme du gouvernement, des rapports des gouvernés avec les gouvernants, et qui appellent le citoyen d'un état à une part quelconque d'exercice de la puissance publique.

Tels sont en France le droit d'être pair, député, celui d'être électeur, juré, garde national, etc. Ces droits se nomment aussi droits civiques.

On voit qu'ils sont déterminés et garantis par la loi politique. Ils exigent des conditions de capacité: le sexe, l'âge, la fortune, l'instruction constituent cette capacité, selon des règles et des limites positives.

Les droits civils sont les facultés que produisent les rapports individuels et de famille.

Dans l'ordre politique et dans l'ordre civil la loi façonne en quelque sorte les individus, assignant à chacun une position et un rôle différent.

D'une agglomération matérielle elle fait une agglomération morale; elle s'imprime à chaque rapport, s'attache à chaque besoin; elle organise les faiblesses et leur donne une protection; répartit les dépendances et crée les suprématies; inspire, anime, vivifie sans cesse le contact des individus entre eux, et celui des individus avec les choses: Dieu lui donne les êtres humains, de chacun d'eux elle fait un être social.

L'individu façonné par la loi s'appelle une personne : en d'autres termes, une personne, dans le langage du droit, est un individu ayant un état politique ou civil.

L'état est une réunion de qualités ou d'attributs déterminés par la loi, et desquels découlent, dans l'ordre politique ou civil, certains droits et certains devoirs.

Dans le droit romain, tout individu n'était pas une personne : sans droits, sans libre arbitre, les esclaves étaient des choses.

Dans notre droit français, tout individu est une personne; mais tous ne sauraient être la même personne. Les diverses qualités déterminent les divers droits, les divers devoirs, leur nature et leur étendue, c'est-à-dire les diverses capacités, les divers états.

Ainsi, dans l'ordre civil sur lequel je dois uni-

quement insister, il y a des différences fondées sur le sexe : l'homme a d'autres droits et d'autres devoirs que la femme.

Il y a des différences fondées sur la nationalité. L'humanité s'est fractionnée, il s'est formé dans son sein des individualités nommées peuples ou nations; l'homme de chaque nation a lui-même une individualité légale qui lui est propre. Ses droits, ses devoirs, sa vie sociale, en un mot, ont une physionomie particulière; il est citoyen de son pays, et vis-à-vis de lui les citoyens d'un autre pays sont des étrangers. Le citoyen français est donc une personne spéciale.

Il y a des différences fondées sur l'âge : âge est synonyme de force ou de faiblesse dans l'ordre physique et dans l'ordre moral ; il existe un grand nombre d'hypothèses où l'âge est la source d'un droit ou d'une exclusion : la plus grande division fondée sur l'âge est celle des mineurs et des majeurs.

D'autres différences résultent, enfin, de l'état de famille : mari, femme, père, enfant, enfant légitime, enfant illégitime, expriment autant de qualités diverses, et chacune de ces qualités constitue un état civil différent.

Les questions appelées questions d'état, et qui s'agitent quelquefois devant les tribunaux, sont donc celles qui offrent à résoudre le point de savoir

si un individu a telle ou telle qualité civile, source de tels ou tels droits dans l'ordre civil.

Au reste, si les droits publics, politiques et civils peuvent s'isoler, il est évident que les droits civils et même les droits publics sont subordonnés à la loi politique, en ce sens que plus la loi politique est sagement conçue, plus la garantie de ces droits est assurée.

C'est ici le lieu d'indiquer la distinction qui existe entre la jouissance et l'exercice d'un droit.

La jouissance est l'aptitude à profiter du droit, l'exercice est l'usage que l'on en fait. Pouvoir recueillir une succession, c'est jouir du droit de succéder; se prononcer sur l'utilité ou l'opportunité du droit, c'est l'exercer. Etre électeur et même pouvoir le devenir au moyen de l'accomplissement des conditions prescrites, c'est jouir du droit de voter; l'exercice du droit est dans le vote.

Or, l'on verra dans le cours de cet ouvrage qu'il y a des individus qui sont privés de la jouissance et de l'exercice des droits civils; que d'autres en jouissent et les exercent; que d'autres, enfin, en jouissent seulement, et qu'alors l'exercice en est confié à des mandataires légaux.

Quant aux droits politiques, tout citoyen, en France, en jouit; car tout citoyen est ou peut de-

venir apte à ces droits. La faculté de les exercer est le résultat d'une aptitude présente.

Enfin, quant aux droits publics, la distinction s'efface; chacun en jouit, et, pour les exercer, nulle condition n'est requise.

J'ai dit que la loi était une règle; son caractère distinctif est d'être obligatoire pour tous : l'observation de la loi produit la justice.

La justice, considérée dans son acception la plus vaste, est la conformité de nos *actions* et de nos *intentions* à la loi naturelle et à la loi positive. « *Constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* » (*Instit.* de Justinien, liv. 1, tit. 1.)

La justice est intérieure ou extérieure, selon que nos intentions ou nos actions sont conformes à l'une et à l'autre loi.

Les deux conditions réunies et permanentes constituent la justice parfaite qui est alors la vertu, l'indéfini, le beau idéal de la nature humaine.

La justice intérieure n'est pas du ressort de l'autorité séculière : la conscience réduite à des inspirations, à des mouvements intimes ne relève que de Dieu.

Ainsi, peu importe que des intentions soient en révolte contre une loi; si elles ne revêtent jamais une forme saisissable, elles échappent à toute inquisition humaine.

La justice extérieure rentre, au contraire, dans le domaine de l'homme.

Si donc un fait extérieur se produit, il est appréciable.

Ce fait est juste, indépendamment de l'intention, quand il est conforme à la loi, règle morale, comme une ligne est droite quand elle est conforme à la règle, instrument de mathématiques.

Le fait heurte-t-il seulement la loi naturelle, il est injuste, dans le sens absolu; mais, dans un sens relatif, on dit qu'il est inique, immoral; l'homme ne peut pas encore intervenir.

Heurte-t-il la loi positive, il est réellement injuste, et immédiatement le pouvoir de l'homme sur l'homme commence.

Alors, chose remarquable! l'homme devient, par une irrésistible nécessité, le juge des intentions elles-mêmes.

C'est l'intention qui fait la moralité des actions; comment apprécier leur caractère, leur degré d'injustice, sans scruter la conscience?

Voilà donc l'homme qui se fait Dieu! Quelle mission sublime et terrible quand on songe qu'elle s'accomplit d'égal à égal! et que serait-ce qu'un tel pouvoir, s'il n'y avait pas un vrai Dieu pour juger ceux qui l'exercent?

Si les lois naturelles et les lois positives tendent au maintien de l'harmonie sociale, si leur observation est un devoir, il est nécessaire qu'un mobile porte l'homme à l'accomplir. La loi n'ayant parmi les hommes d'autre appui que la passion du bien et le sentiment de l'obéissance serait un simple conseil. Or, quel peut être la puissance d'un conseil?

Il faut donc des garanties à toute loi, et des consécrations à toute justice.

Ces garanties forment ce qu'on appelle, dans l'ordre moral, la *sanction* des lois.

La sanction des lois est la récompense ou la peine attachée à leur observation ou à leur inobservation.

Alors le mobile est pour l'homme dans l'espoir de la récompense, dans la crainte de la peine.

Les lois naturelles ont leur sanction dans les dogmes philosophiques de la spiritualité et de l'immortalité de l'âme, et surtout dans les enseignements de la religion chrétienne.

La philosophie a dit vaguement :

> Cette vie est un songe, et la mort un réveil.
> (VOLTAIRE.)

Le christianisme nous montre une autre vie où un juste châtiment atteindra le vice, où tout sera consolation, douceur et triomphe pour la vérité.

La sanction de la loi positive est toujours écrite

à côté du précepte dans la loi positive elle-même.

Ainsi, dans l'ordre civil, la légitimité de la famille et tous les avantages qui y sont attachés sont la récompense offerte à ceux qui observent les conditions et les solennités prescrites pour le mariage. L'illégitimité de la famille et les exclusions qu'elle entraîne sont la peine portée contre ceux qui ne les observent pas.

La validité d'un testament, d'un acte quelconque, ou bien leur nullité, sont la sanction des formes exigées par la loi.

Dans un autre ordre d'idées, les peines corporelles ou pécuniaires sont la sanction des lois qui proscrivent toute atteinte dirigée contre les individus et les propriétés.

Il est évident, comme je l'ai exposé plus haut, que les sanctions morales et les sanctions positives se prêtent un mutuel appui, et que c'est leur concours qui donne à l'ensemble du droit sa plus grande efficacité.

Les lois faites et sanctionnées ont besoin d'être appliquées.

Le pouvoir législatif formule l'idée, le pouvoir judiciaire s'en empare et la convertit en utilité pratique.

« Après *jus dare* vient *jus dicere ;* le premier ne

serait qu'un mot sans le second qui est un acte ; car, en face des difficultés que rencontre toute réalisation, il faut à la loi et une forte sanction et un sûr instrument. Maintenir les intérêts dans la règle, y réduire les passions ; lorsque l'un de ces préceptes, condition fondamentale de la société, se trouve violé, rétablir l'état normal par l'enseignement officiel en matière civile, par l'infliction de la peine en matière criminelle, par le commandement obligatoire en l'une et l'autre matière, telle est la fonction du juge. Il renouvelle, pour un cas particulier, la loi promulguée pour les cas généraux. Il *est* au même titre que le législateur. La loi sans juge est comme la société sans loi. » (M. Massot, *Revue de législation*, tom. 9, p. 199.)

« L'office de la loi, dit Portalis, est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

» C'est au magistrat, au jurisconsulte pénétrés de l'esprit général de la loi à en diriger l'application. » (*Discours préliminaire du Code civil.*)

Or, l'application des lois produit la *jurisprudence.*

Ce mot est employé quelquefois comme synonyme de *droit*, science des lois ; mais, dans son

acception habituelle, il signifie un ensemble de décisions émanées des tribunaux.

Ainsi donc, chez tous les peuples, justice, jurisprudence supposent des lois, et les lois sont l'expression du droit.

Le pouvoir qui fait les lois n'est pas organisé de même chez tous les peuples; il est évident que sa forme est subordonnée à celle du gouvernement politique.

Or, il faut étudier désormais la manière dont les lois sont faites en France; le mode de leur publication; leurs effets généraux sur les personnes et sur les biens; leur non-rétroactivité; les principes qui président à leur interprétation, ce qui amènera un tableau rapide de l'organisation judiciaire; et enfin ce que j'appellerai leur inviolabilité.

La constitution qui régit la nation française depuis le 14 août 1830 révélera la forme du pouvoir législatif et la base du pouvoir judiciaire; je puiserai le principe des autres notions dans le titre préliminaire du Code civil, dont les développements trouvent ici leur place naturelle.

Cette introduction se terminera par des aperçus généraux sur le Code civil lui-même.

Le pouvoir législatif est exercé collectivement par

le roi et par deux réunions de citoyens que l'on nomme chambres ; l'une est la chambre des pairs, l'autre est la chambre des députés.

La chambre des pairs est composée de citoyens en nombre illimité choisis par le roi parmi les notabilités du pays.

L'art. 23 de la charte, revisé par la loi du 29 décembre 1831, indique dans quel cercle de personnes le choix du souverain doit se renfermer.

La chambre des députés est composée de citoyens en nombre limité élus par d'autres citoyens.

Les pairs sont nommés à vie.

Les députés sont élus pour cinq ans.

Le roi et les deux chambres ont l'initiative des lois, c'est-à-dire qu'une loi peut être proposée par chacune des branches du pouvoir législatif.

Une loi proposée par le roi peut être présentée d'abord à l'une ou à l'autre chambre indistinctement ; néanmoins, toute loi d'impôt doit être d'abord votée par la chambre des députés.

Toutes les lois sont librement discutées dans les chambres, qui peuvent les amender, c'est-à-dire les modifier : en définitive, la loi est telle qu'elle est votée par la majorité.

Une loi votée par une chambre, puis amendée par l'autre, doit nécessairement être reportée à la première pour que celle-ci discute et vote, si bon lui

semble, les amendements introduits par la seconde.

Toute loi, qu'elle ait été proposée par le roi ou par l'une des chambres, doit, après la discussion et le vote qui l'adopte avec ou sans amendements, être reportée au roi, qui se prononce le dernier.

Si le roi adopte définitivement la loi, on dit qu'il la sanctionne : ici, le mot *sanction* a un sens particulier; il exprime, à proprement parler, le vote du roi.

Si une proposition de loi est rejetée par l'une des trois branches du pouvoir législatif, elle ne peut être représentée dans la même session des chambres.

Le roi ne sanctionne pas seulement les lois, il les promulgue (art. 18 de la charte de 1830); toutefois, il est plus vrai de dire que les lois sont promulguées par l'ordre du roi; en effet, toute loi est terminée par cette formule : « La présente loi, discutée, délibérée et adoptée par les deux chambres et sanctionnée par nous cejourd'hui, *sera publiée* et enregistrée pour être exécutée comme loi de l'état. »

La promulgation de la loi est donc sa publication, sa révélation extérieure et officielle à tous les citoyens.

Or, comment se fait cette promulgation, et à dater de quel jour la loi est-elle obligatoire ?

L'art. 1er du Code civil est ainsi conçu : « Les lois

sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le roi. Elles seront exécutées, dans chaque partie du royaume, du moment où la promulgation en pourra être connue. La promulgation faite par le roi sera réputée connue dans le département de la résidence royale un jour après celui de la promulgation, et, dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgation en aura été faite et le chef-lieu de chaque département. »

Cet article, rédigé en présence de la constitution du 22 frimaire an 8, et dans lequel les termes qui supposent un gouvernement monarchique ont été ajoutés après coup, selon ce que j'expliquerai plus loin, formait avec cette constitution un tout parfaitement homogène.

En effet, la constitution de l'an 8 divisait le pouvoir législatif en trois branches : le consulat, qui avait l'initiative des lois ; le tribunat, qui les discutait et en votait, sans amendement, l'adoption ou le rejet ; et le corps législatif, qui, sans discussion de la part de ses membres et au scrutin secret, consacrait ou repoussait définitivement le vœu du tribunat.

Quand une loi avait été adoptée par le corps législatif, le décret était inséré dans le *Moniteur*, où chacun pouvait prendre connaissance de la loi même.

Le dixième jour après l'émission de ce décret, le premier consul, devait, en vertu de l'art. 37 de la constitution, promulguer la loi au moyen d'un arrêté, en sorte que tout citoyen, instruit de l'existence de la loi par sa publication, était certain qu'elle serait promulguée dix jours après, et qu'elle deviendrait obligatoire dans les délais de l'art. 1er du Code civil : l'insertion au *Moniteur* était ainsi la promulgation *de fait;* l'arrêté du pouvoir exécutif était la promulgation *de droit*, cause de l'obligation, source de l'obéissance.

La charte de 1814, en disant que le roi seul sanctionnait et promulguait les lois (art. 22), n'indiquait aucun genre de publicité pour la sanction, et ne plaçait aucun intervalle entre la sanction et la promulgation.

Désormais, l'art. 1er du Code civil manquait de sens, car il n'y avait plus de promulgation certaine: les uns voyaient la promulgation dans la sanction même, c'est-à-dire dans la signature du roi, qui fixait la date de la loi, les autres la voyaient dans son insertion au bulletin officiel.

Une ordonnance royale du 27 novembre 1816 consacre cette dernière opinion, en ajoutant, toutefois,

que le bulletin sera envoyé de l'imprimerie royale au ministre de la justice, qui constatera sur un registre le jour de sa réception, et que la loi sera *promulguée* dès ce jour, sauf à n'être réputée *connue* que dans les délais de l'art. 1er du Code civil.

Ainsi, la promulgation a lieu dans le cabinet du ministre, et la loi est exécutoire pour tous dans un délai qui a pour point de départ un fait dont l'époque ne peut pas être prévue et reste ignorée de tous!

Cette même ordonnance portait que, dans le cas où il serait convenable de hâter l'exécution des lois dans un département, elles seraient censées publiées et deviendraient exécutoires du jour qu'elles seraient parvenues au préfet qui en constaterait la réception sur un registre.

Cette fois, la promulgation locale avait lieu dans le cabinet du préfet, sans que personne encore pût la prévoir ou en être instruit.

Mais une autre ordonnance royale du 18 janvier 1817 porte que, dans ce dernier cas, le préfet prendra un arrêté par lequel il ordonnera l'impression et l'affiche de la loi.

Ce mode exceptionnel est la meilleure critique du mode général, dont la bizarrerie est évidente.

Je fais remarquer que le jour dont parle l'art. 1er du Code civil est un jour franc, et qu'il existe un tableau des distances entre Paris et les chefs-lieux

de départements annexé à un arrêté du 25 thermidor an 11 (13 août 1803).

Dès le jour où la loi est exécutoire, elle l'est pour tous les citoyens sans exception : nul ne peut prétendre qu'il ne la connaissait pas. Où en serait la société s'il fallait démontrer à chaque citoyen qu'il a connu la loi ?

La loi française, après avoir, comme je l'ai montré plus haut, façonné l'individu, c'est-à-dire constitué la personne française, la saisit et s'attache à elle pour ne plus la quitter.

Cette puissance toujours vivante de la loi est proclamée en ces termes par l'art. 3 du Code civil :

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même en pays étranger. »

La qualité de Français ne devait pas, en effet, se perdre ou se recouvrer tour à tour par le fait seul d'une capricieuse résidence au dehors du sol ou sur le sol ; que seraient devenues la majesté de la loi française et le but d'utilité qu'elle se propose, si, pour échapper à son empire, il eût suffi à un Français de franchir la ligne qui sépare deux territoires ?

La minorité ou la majorité du Français, la capacité requise pour son mariage, ses droits et ses

devoirs comme membre de la famille, la capacité de disposer de ses biens ou d'acquérir des biens nouveaux, etc........., seront donc toujours déterminés par la loi française.

Considérée dans ces applications et dans ces résultats, la loi se nomme *loi personnelle.*

Par une réciprocité logique, l'étranger résidant ou voyageant en France reste soumis aux lois personnelles de son pays.

Mais il subit les lois françaises qui ont pour objet la police et la sûreté publique (art. 3, Cod. civ.), et ici il faut entendre par le mot *lois* tout acte émané de l'autorité compétente; par exemple, les règlements de police faits par l'autorité municipale. Evidemment, si la loi française ne pouvait, sans une odieuse usurpation, s'imposer à l'étranger pour régir son état et sa capacité pendant qu'il est en France, elle ne pouvait pas, sans être absurde, lui permettre de troubler l'ordre impunément sur le territoire où il reçoit l'hospitalité, et de violer ainsi la loi même qui le protége. Le droit naturel dit à chaque individu : Conserve-toi; il le dit à plus forte raison à un peuple, et quand la loi française frappe l'étranger pour un fait qui est un délit à ses yeux, quoiqu'il n'en soit pas un aux yeux de la loi étrangère, elle repousse une violence brutale par une répression légitime.

La loi française étend aussi son empire sur les biens que possèdent les personnes.

L'on conçoit sans peine qu'il doit exister une relation intime entre les lois qui déterminent l'état et la capacité des personnes et celles qui régissent leurs biens.

Or, les biens sont meubles ou immeubles.

Les meubles sont les corps qui peuvent se transporter ou être transportés d'un lieu dans un autre.

Les immeubles sont les objets qui ne peuvent changer de place, comme les bâtiments et les fonds de terre.

Le Code civil renferme sur cette distinction toute une théorie (art. 516 et suiv.), qui sera développée dans le cours de cet ouvrage; il suffit actuellement de connaître les définitions générales qui viennent d'être données.

Or, ce qu'il y a de remarquable, c'est que les immeubles français possédés par des étrangers sont régis par la loi française (art. 3, C. civ.).

La loi reçoit alors le nom de *loi réelle* par opposition à la loi personnelle.

Ce caractère et cet effet de la loi prennent leur source dans le droit de souveraineté qui individualise un territoire et l'isole des territoires voisins. La souveraineté doit être une et indivisible; elle n'est rien si elle n'est tout; et une nation cesserait,

pour ainsi dire, de s'appartenir à elle-même, si les portions d'un même territoire pouvaient être régies par des lois différentes.

D'ailleurs, les principes relatifs à la division et à la transmission des immeubles se lient à ceux qui assurent la conservation des familles; ils exercent une large influence sur le sort politique du pays; comment, dès lors, l'action directe de la loi étrangère sur les immeubles français aurait-elle été admise?

Un étranger ne peut donc être exproprié de ses immeubles situés en France que selon les formes prescrites par la loi française : il ne peut les hypothéquer conventionnellement, même en pays étranger, que par un acte authentique, et en observant les conditions relatives à la spécialité de l'hypothèque (2127, 2128, 2129, 2132, Cod. civ.); s'il veut en disposer par donation ou par testament, il doit respecter la quotité disponible déterminée par la loi française, et la donation, conformément au vœu de celle-ci (931, Cod. civ.), doit être authentique. La part héréditaire de l'enfant naturel étranger, dans des immeubles situés en France, est également déterminée par la loi française, et, s'il est vrai que la loi française fasse de la reconnaissance une condition du droit qu'elle accorde aux enfants naturels (756, Cod. civ.), il est bien entendu, néanmoins, que la

nature et la forme de la reconnaissance d'un enfant étranger dépendent de la loi étrangère ; enfin, une femme étrangère doit se conformer à la loi française pour tout ce qui concerne l'aliénation de ses immeubles dotaux situés en France.

Il en est autrement des meubles : il n'y a aucune corrélation entre ce genre de biens et les intérêts agricoles ou politiques d'un pays; par leur nature périssable, par la facilité de leur circulation, les meubles échappent à l'indivisibilité de la souveraineté, qui ne peut correspondre qu'à une idée de fixité, de perpétuité et d'ensemble.

Toutefois, il peut se présenter des hypothèses exceptionnelles où les meubles possédés en France par un étranger seront régis par la loi française.

Ainsi, ces meubles pourront être saisis en France, en vertu de la loi française, par un Français créancier de l'étranger, quand même la loi étrangère les déclarerait insaisissables ; le Français, en effet, a contracté sur la foi des garanties que ces meubles présentaient, et si, au temps du contrat, le débiteur ne les possédait pas encore, ils n'en sont pas moins devenus le gage du créancier; ils ne sauraient donc, sans iniquité, être soustraits à son action.

De même, la prescription des meubles passés des mains d'un étranger dans celles d'un Français, ou des mains d'un Français dans celles d'un étranger,

sera acquise selon les principes de la loi française, car elle a pour but de mettre un terme à des réclamations qui, sans elle, pourraient se renouveler chaque jour, et, à ce titre, elle protége la paix publique en France sans compromettre aucun intérêt d'un autre ordre.

Enfin, si un étranger meurt sans parents légitimes au degré successible, sans enfant naturel et sans conjoint survivant, les meubles qu'il laisse en France sont recueillis par l'état en vertu du droit de souveraineté qui embrasse toutes les choses, même mobilières, situées sur son territoire et n'ayant pas de maître (713, 723, 767, 768, Cod. civ.).

Le Code civil ne proclame aucun principe exprès sur la loi qui doit régir la validité des actes considérés en eux-mêmes : la nature des choses révèle, à cet égard, des distinctions irrécusables.

Ainsi, il faut voir dans tout acte des formes habilitantes, des formes intrinsèques et des formes extérieures ou probantes.

Les premières se confondent avec la capacité même : celui qui fait son testament ou qui s'oblige doit donc être capable de tester ou de s'obliger selon la loi personnelle de son pays : si deux contractants s'obligent l'un envers l'autre, et qu'ils soient de nationalité différente, la capacité individuelle de

chacun sera déterminée par la loi personnelle qui lui est propre.

Les formes intrinsèques ou viscérales se confondent avec les conditions essentiellement requises pour la validité d'un contrat considéré dans son être intime. Ainsi, dans la vente, il faut, outre la capacité des contractants, un consentement libre, une chose qui puisse être vendue et un prix qui ne reste pas au-dessous d'une certaine limite. Or, la liberté du consentement, la qualité de la chose et la convenance du prix se jugeront selon les lois du lieu où le contrat a été passé. Par exemple, le contrat est fait en France entre un Allemand et un Espagnol, pourquoi le placerait-on sous l'empire de la loi allemande plutôt que sous celui de la loi espagnole ? N'est-il pas évident, au reste, que les contractants, en s'obligeant en France, doivent être considérés comme ayant subordonné la validité viscérale du contrat à la loi française ? Cette opinion est confirmée par l'art. 1159, Cod. civ., ainsi conçu : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. »

Toutefois, quand il s'agit du mariage, le lieu du contrat est celui où les deux époux se proposent de fixer leur domicile.

Je suppose donc qu'un homme et une femme étrangers à la France et devant habiter un pays où

la loi n'admet pas de plein droit la communauté des immeubles acquis pendant le mariage, se marient en France ou ailleurs, sans régler par aucun acte leurs conventions matrimoniales, et que le mari laisse, à sa mort, des immeubles achetés en France pendant le mariage, sa veuve ne pourra pas réclamer la moitié de ces immeubles en invoquant le bénéfice de la loi française, car, en se mariant sans contrat, les époux sont censés avoir adopté pour contrat la loi de leur domicile matrimonial ; ils auraient pu fixer primitivement par une convention expresse le sort des immeubles dont il s'agit, leur volonté tacite a converti en convention la loi de leur domicile, qui n'agit plus comme loi, mais comme contrat licite sur les immeubles français. (Voy. Merlin, *Rép. de jurisp.*, v° *loi*, § 6, n° 2.)

Quant aux formes extérieures ou probantes, dont l'objet est de constater l'accord de plusieurs contractants ou l'expression d'une volonté isolée et qui sont relatives à la rédaction d'un acte quelconque, aux mentions qu'il doit contenir, aux signatures des parties, des témoins, des notaires, et aux qualités que ces notaires et ces témoins doivent avoir, elles se déterminent par la loi du pays où l'acte est passé. Alors s'applique cette ancienne maxime fort rationnelle : *locus regit actum*.

La loi qui s'étend sur les personnes et sur les biens, selon les principes que je viens d'exposer, n'a pas d'effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle ne dispose que pour l'avenir (art. 2, Cod. civ.).

Les citoyens vivent sous la protection des lois, et la liberté civile consiste dans le droit de faire ce qu'elles ne prohibent pas; or, ne serait-il pas souverainement inique qu'une loi vînt dépouiller un citoyen d'un droit acquis en vertu d'une loi antérieure, ou le punir pour un fait qui n'était pas défendu par la loi sous l'empire de laquelle il a eu lieu ?

Néanmoins, ce principe si simple en apparence fait naître de nombreuses difficultés dans l'application. En effet, qu'est-ce que le passé ? qu'est-ce que l'avenir ? Les deux époques ne s'isolent pas toujours complétement l'une de l'autre; quelquefois elles sont étroitement unies; comment, alors, faire la part d'action de la loi ancienne et celle de la loi actuelle ?

Je vais indiquer rapidement des règles générales qui aideront à comprendre et à mesurer la nature et l'étendue du principe, et qui pourront servir de guides dans les espèces particulières.

D'abord, la capacité des personnes est toujours dans le domaine de la loi; elle ne saurait constituer en elle-même un droit acquis; elle se lie à l'intérêt

de la société ; elle est l'expression des vues générales du législateur ; il peut donc la modifier à son gré et atteindre ainsi le but d'utilité publique qu'il se propose.

L'âge requis pour se marier pourra, par exemple, être reculé, et le pubère deviendra impubère; l'époque de la majorité pourra être reculée elle-même et le majeur redeviendra mineur; mais les mariages contractés, les actes passés sous l'empire de la loi ancienne conserveront leur validité, le passé sera ainsi concilié avec l'avenir.

Une femme mariée capable de faire certains actes sans l'autorisation de son mari, en vertu de la loi en vigueur au moment de son mariage, perdra cette capacité, pour l'avenir, par l'effet d'une loi nouvelle exigeant l'autorisation maritale.

Mais une femme mariée sous l'empire d'une loi permettant l'aliénation des biens dotaux pourra les aliéner, malgré une loi contraire survenue postérieurement ; dans ce cas, selon l'opinion la plus répandue, il s'agit moins de la capacité générale de la femme que des droits spéciaux qu'elle a sur ses biens ; il s'agit moins d'une loi que d'un contrat de mariage ; en d'autres termes, la loi est devenue partie essentielle du contrat, et la mutabilité de l'une s'efface devant l'irrévocabilité de l'autre.

Quant à la quotité de biens dont un individu peut

disposer à titre gratuit, il faut distinguer entre les actes dont les effets sont irrévocables et ceux dont les effets ne le sont pas.

S'il s'agit des premiers, qui sont les donations, la quotité disponible et par conséquent la qualité d'héritier à réserve seront déterminées par la loi en vigueur au jour du contrat, car celui-ci a eu pour effet immédiat de transmettre au donataire un droit acquis ; mais il faudra avoir égard au nombre de réservataires ainsi qu'à la fortune laissés par le donateur à l'époque de son décès.

Les seconds, c'est-à-dire les testaments, n'ont aucun caractère définitif et ne peuvent transmettre aucun droit avant le décès ; c'est donc par la loi du temps où le décès a eu lieu que la quotité disponible devra être déterminée.

S'il s'agit d'une succession *ab intestat*, la qualité des successibles et les proportions du partage dépendent uniquement de la loi qui était en vigueur lorsque la succession s'est ouverte.

La validité intrinsèque des actes se règle par la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été fait. Valable dans son principe, un contrat ne peut être annulé sous prétexte que la loi nouvelle établit de nouvelles conditions ; nul dans son principe, il ne peut pas mieux être validé, parce que la loi postérieure a déclaré inutile l'une des conditions méconnues.

Il en est de même quant aux moyens de preuve. Ainsi, on ne pourrait pas prouver par témoins une dette de cent cinquante francs, en vertu de la loi actuelle, qui n'exige un écrit qu'au-dessus de cette somme, si à l'époque où la dette a été contractée un écrit était nécessaire au-dessus de cent francs. En sens inverse, si la loi du contrat permettait la preuve testimoniale jusqu'à cent cinquante francs, il faudrait la suivre quand même une loi postérieure ne tolérerait plus pour cette somme, ce genre de preuve.

Il en est de même des formes extérieures ou probantes : la loi ne peut vouloir qu'un acte soit rédigé selon des formes qui sont encore inconnues.

S'il s'agit de testaments, c'est la capacité du testateur qui en constitue la validité intrinsèque ; or, le testateur doit être capable, selon la loi du jour où le testament a été fait et selon la loi du jour où il décède. L'incapacité intermédiaire n'est pas comptée.

Quant à la forme extérieure ou probante des testaments, c'est une grave question que celle de savoir si elle doit être déterminée par la loi du jour du testament ou par celle du jour où le testateur décède.

Je me range volontiers à l'opinion de ceux qui se réfèrent à la loi de la première époque ; la loi nouvelle est censée accepter les testaments faits selon la forme de la loi contemporaine, à moins qu'elle ne déclare qu'ils devront être refaits. La confection du

testament sur la foi de la loi est une œuvre consommée ; sous ce rapport l'acte appartient au passé.

De même, le testament nul, à cause de l'omission d'une solennité extérieure, ne sera pas validé par une loi nouvelle qui aura retranché la solennité omise ; la nouvelle loi ne peut pas plus valider qu'annuler le testament clos quant à sa forme.

Les conséquences ultérieures des contrats se règlent par la loi de l'époque où ils ont eu lieu. Par exemple, deux époux se sont mariés sous l'empire d'une loi qui déterminait elle-même des avantages au profit du survivant, indépendamment de tout contrat exprès. L'un d'eux meurt sous l'empire d'une loi nouvelle qui n'admet que les gains de survie positivement stipulés : le survivant profitera néanmoins du bénéfice de la loi antérieure, qui régissait les droits respectifs des époux moins comme loi que comme contrat tacite, et de laquelle découlaient dès lors des droits acquis, sauf l'éventualité de leur réalisation.

C'est encore la loi en vigueur à l'époque du mariage qui servira à décider, relativement aux gains de survie, si les biens possédés au jour du mariage sont meubles ou immeubles. Quant aux biens acquis postérieurement, la loi du mariage déterminera la nature de ceux qui ont été acquis sous son empire. Mais la nature des biens acquis sous l'empire de la

loi nouvelle sera déterminée par celle-ci ; car on ne saurait concevoir qu'un immeuble ou qu'un meuble, acquis depuis la loi qui le considère comme tel, soit mobilisé ou immobilisé, par l'effet d'une loi antérieure. D'ailleurs, la loi nouvelle ne doit respecter que les droits acquis, et il n'y a pas de droits acquis à l'un des époux sur les biens qui, à l'époque où elle paraît, ne sont pas encore entrés dans le domaine de l'autre.

La prescription se règle, en général, par la loi de l'époque à laquelle elle a commencé (art. 2281, Cod. civ.) (1).

La forme de procéder est déterminée par la loi nouvelle pour les procès *à intenter*, quoiqu'ils soient provoqués par un ordre de choses antérieur. Dans les procès *commencés*, les actes consommés, comme une assignation valablement signifiée, un appel régulièrement interjeté, une récusation admise, une expertise ou une enquête achevée, doivent produire tout leur effet ; mais il faut se conformer à la loi nouvelle pour l'espèce et la rédaction des actes, dont la procédure doit se composer ultérieurement. Par son origine, une procédure appartient, en effet, au passé qui l'a vu naître ; par ses détails nouveaux et successifs, elle appartient au présent et à l'avenir.

(1) J'insisterai sur ce principe au titre *de la prescription*.

Néanmoins, la loi nouvelle peut déroger à ce principe tout rationnel, et laisser agir les lois précédentes sur les actes subséquents d'une procédure commencée sous leur empire. C'est ainsi que l'art. 1041 du Code de procédure civile a voulu que tous procès intentés depuis le 1er janvier 1807 fussent instruits conformément à ses dispositions; d'où il fallait conclure que les procès intentés avant cette époque devaient être instruits en tous points selon les formes prescrites par les lois précédentes (voy., d'ailleurs, sur l'art. 1041, un avis du conseil d'état du 16 février 1807).

Enfin, en matière criminelle, une sorte de rétroactivité est quelquefois admise. On applique au fait, non pas la loi sous l'empire de laquelle il s'est accompli, mais la loi en vigueur au moment du jugement, lorsque celle-ci l'absout ou prononce une peine plus douce. C'est une exception fondée sur des considérations d'humanité.

En parlant des lois, en général, j'ai montré l'origine du pouvoir judiciaire considéré comme une nécessité chez tous les peuples.

C'est le pouvoir judiciaire qui applique les lois : le droit de les appliquer renferme celui de les interpréter, c'est-à-dire d'en déterminer le sens véritable quand elles sont obscures.

Avant de dire quels principes président, en France, à l'interprétation des lois, il me paraît indispensable de présenter un aperçu *très-sommaire* sur l'*organisation* du pouvoir judiciaire français (1).

En France, le pouvoir exécutif appartient au roi seul (art. 12 de la Charte).

Mais le pouvoir judiciaire, qui est renfermé dans le pouvoir exécutif, n'est pas exercé directement par le roi.

Toute justice émane du roi; elle s'administre *en son nom* par des juges qu'il nomme et qu'il institue (art. 48 de la Charte).

(1) Ces notions sont généralement renvoyées au cours de procédure qui appartient à la seconde année d'études. Mais il me semble que sans elles la théorie de l'interprétation par voie d'autorité, qui se rattache à l'un des premiers articles du Code civil, est à peu près inintelligible. D'ailleurs, le titre de l'adoption n'appelle-t-il pas le professeur et l'écrivain à parler des juges de paix, des tribunaux d'arrondissement, des cours royales et de la cour de cassation? La même nécessité ne se reproduit-elle pas à l'occasion de la tutelle et de l'interdiction? Comment, enfin, expliquer nettement les articles 326 et 327, relatifs à la compétence en matière de réclamation d'état, sans avoir donné au moins une idée première de la différence qui sépare les juridictions civiles des juridictions criminelles? Et qu'il me soit permis d'ajouter: Qu'est-ce que la science sans la clarté? Que deviennent et la doctrine et l'art de l'enseignement, leur utilité, leur but, sans ces précautions infinies et délicates qui préparent les voies aux esprits novices et ne sont jamais perdues, même pour les esprits éclairés?

Ici le mot *justice* signifie application de la loi.

Le pouvoir judiciaire est donc réellement confié à des *juges* qui composent des *tribunaux*.

La justice est *civile* ou *criminelle*.

La justice civile consiste dans l'application des lois destinées à régir les diverses relations d'intérêt que les hommes ont entre eux.

La justice criminelle applique les lois qui déterminent les faits punissables, les peines portées contre les auteurs de ces faits et les formes à suivre pour parvenir à une répression.

Les divers tribunaux sont : les *tribunaux de paix*, qui rendent la justice civile et qui, sous le nom de tribunaux de simple police, rendent aussi la justice criminelle; les *tribunaux d'arrondissement*, qui rendent la justice civile et criminelle ; les *tribunaux de commerce*, qui rendent seulement la justice civile, entre toutes personnes pour faits de commerce; les *cours royales*, qui rendent la justice civile et criminelle dans une sphère plus élevée; les *cours d'assises*, qui rendent principalement la justice criminelle ; enfin, la *cour de cassation*, qui concourt d'une manière spéciale à la justice civile et criminelle.

Il y a aussi des tribunaux administratifs et des tribunaux militaires, mais ils appartiennent à un ordre de choses tout à fait particulier, et je n'en parlerai pas.

Les tribunaux de paix sont composés d'un seul juge et de deux suppléants : ces magistrats sont amovibles, c'est-à-dire révocables. Le juge de paix prononce toujours seul, les suppléants sont uniquement appelés à le remplacer quand il est empêché par une cause quelconque.

Il y a autant de justices de paix que de cantons.

Les juges de paix connaissent de certaines difficultés déterminées par des lois spéciales. Ils en connaissent en premier et en dernier ressort, c'est-à-dire d'une manière définitive et irrévocable, lorsque l'objet qui les fait naître ne dépasse pas une valeur fixée par ces mêmes lois : au-dessus de cette valeur, leurs décisions sont en premier ressort, c'est-à-dire qu'elles sont soumises à l'appel; en d'autres termes, elles peuvent être déférées à un tribunal supérieur, qui juge une seconde fois. Au-delà d'une certaine limite, les juges de paix sont incompétents. Il y a cependant des contestations spéciales dont ils connaissent en premier et en dernier ressort jusqu'à une certaine valeur; et, en premier ressort seulement, à quelque valeur que la demande puisse s'élever. Enfin, il en est d'autres dont la nature est telle qu'ils ne peuvent jamais en connaître qu'en premier ressort.

On voit qu'ici le mot *ressort* signifie une étendue

de pouvoir plus ou moins grande : le même mot est également employé pour exprimer la circonscription territoriale dans laquelle un tribunal quelconque rend la justice.

Les juges de paix, comme juges de simple police, connaissent des *contraventions*, c'est-à-dire des infractions à la loi pénale punies d'une amende qui n'excède pas 15 francs et d'un emprisonnement qui n'excède pas cinq jours. Les jugements de simple police sont toujours soumis à l'appel lorsqu'ils prononcent un emprisonnement ou une amende supérieure à 5 francs.

Les juges de paix ont, en outre, des fonctions extra-judiciaires. Par exemple, ils reçoivent les contrats d'adoption, les déclarations d'émancipation ; ils président les conseils de famille, apposent les scellés, etc.

Les tribunaux d'arrondissement, répartis par arrondissements, sont composés d'un plus ou moins grand nombre de juges, suivant l'importance des localités; le nombre moindre est de trois, y compris le président. Les juges, quand leur nombre le permet, se divisent en plusieurs sections appelées *chambres;* alors, il y a des vices-présidents. Une chambre se compose de trois membres.

Ces tribunaux prononcent sur des difficultés dont

la nature est également déterminée par des lois spéciales, sans appel jusqu'à une certaine valeur et à la charge de l'appel au-dessus de cette valeur.

Ils connaissent en second et dernier ressort des jugements rendus en premier ressort par les juges de paix.

Comme tribunaux criminels, ils connaissent des *délits*, c'est-à-dire des faits punis d'un emprisonnement de six jours au moins et de cinq ans au plus, ou d'une amende dont la quotité peut varier; ces peines sont prononcées par l'une des chambres dont le tribunal se compose, et que l'on nomme alors *chambre correctionnelle*. Si le tribunal n'a qu'une chambre, elle s'occupe tout à la fois d'affaires civiles et criminelles.

Les jugements correctionnels sont toujours rendus en premier ressort seulement.

Les juges des tribunaux d'arrondissement sont inamovibles.

Les tribunaux de commerce sont composés d'un plus ou moins grand nombre de commerçants élus par les commerçants notables de l'arrondissement, et institués par le roi.

Leurs fonctions ont cela de particulier qu'elles sont gratuites et ne peuvent durer plus de deux ans; ils ne peuvent être réélus qu'après un an d'intervalle.

Ils sont inamovibles pendant la durée de leurs fonctions.

Les tribunaux de commerce connaissent uniquement des contestations nées soit entre commerçants, soit entre d'autres personnes, pourvu, dans les deux cas, qu'elles soient relatives à un fait de commerce. Ils jugent en premier ressort seulement, ou tout à la fois en premier et dernier ressort, selon l'importance du litige. Des lois particulières fixent également la limite à cet égard.

Ces tribunaux n'existent que dans les arrondissements où ils ont paru nécessaires : dans ceux où il n'y en a pas, le tribunal civil en tient lieu.

Ils peuvent également se diviser en chambres, et trois juges au moins doivent concourir à chaque jugement.

Les cours royales sont des tribunaux supérieurs établis dans vingt-sept villes de France, composés d'un plus ou moins grand nombre de conseillers inamovibles, et divisés en plusieurs chambres; il y a des présidents de chambre et un premier président.

Chaque cour royale embrasse dans son ressort un certain nombre de départements.

Les cours royales jugent en second et dernier ressort; aussi leurs décisions sont souveraines, on les appelle des *arrêts*.

C'est devant les cours royales que sont portés les appels des jugements rendus en premier ressort dans les matières civiles par les tribunaux d'arrondissement, et les appels des jugements de même nature rendus en matière commerciale par les tribunaux de commerce. Alors, sept membres au moins doivent concourir à un arrêt.

C'est aussi devant les cours royales et devant la chambre correctionnelle que sont portés les appels des jugements correctionnels rendus par les tribunaux d'arrondissement. Il suffit, dans ce cas, de cinq membres pour la validité d'un arrêt.

Toutefois, les appels de ces derniers jugements sont quelquefois portés devant d'autres tribunaux d'arrondissement, selon les localités.

Les tribunaux d'arrondissement forment le second degré de juridiction vis-à-vis des justices de paix, et les cours royales forment ce second degré vis-à-vis des tribunaux d'arrondissement et de commerce.

Ainsi, en France, il n'y a que deux degrés de juridiction. Un seul dégré aurait été trop favorable à l'erreur ; un troisième degré aurait trop perpétué les procès.

Les cours d'assises sont instituées pour la punition des *crimes*, c'est-à-dire des faits que la loi réprime

par des peines afflictives et infamantes, ou seulement infamantes.

Là, les débats s'ouvrent devant douze simples citoyens appelés jurés, qui sont désignés par des moyens qu'indiquent des lois particulières, et devant trois magistrats appartenant à la cour royale, dans les villes où siége une cour. Dans les chefs-lieux de cour d'assises, où il n'y a pas de cour royale, deux de ces magistrats appartiennent au tribunal de la localité, et le troisième, qui préside, est détaché de la cour dans le ressort de laquelle se trouve le chef-lieu.

A la suite des débats, les jurés prononcent sur les questions de fait qui leur sont soumises par le président. Ils répondent, après une délibération libre et un vote secret : « Oui, l'accusé est coupable, » ou bien : « Non, l'accusé n'est pas coupable. » Dans ce dernier cas, le président de la cour prononce une ordonnance d'acquittement ; dans le premier, la cour elle-même rend un arrêt de condamnation ou d'absolution, selon que le fait tenu pour constant par la réponse des jurés est ou non déclaré punissable par la loi.

Ainsi, le jury ne proclame qu'une conviction morale ; les magistrats, seuls revêtus d'un caractère public, peuvent seuls appliquer la loi.

On voit que les cours d'assises ne sont pas des tribunaux permanents, elles tiennent leur session à des

époques périodiques ; quand une session est terminée, les jurés se séparent, et les magistrats, un instant détachés de leur tribunal, viennent y reprendre leurs fonctions ordinaires.

Il est évident que la désignation des jurés et des magistrats adjoints est essentiellement variable.

Les cours d'assises jugent toujours en dernier ressort, parce que l'instruction des affaires portées devant elles a passé d'abord par diverses juridictions dont l'examen offre à tous les intérêts des garanties suffisantes.

La cour de cassation est une cour unique établie dans la capitale, composée de quarante-neuf conseillers ou présidents, y compris un premier président, tous inamovibles; elle est divisée en trois chambres: une chambre des requêtes, une chambre civile et une chambre criminelle.

Les décisions en dernier ressort de quelque tribunal qu'elles émanent peuvent seules lui être soumises; on dit alors qu'on se *pourvoit* contre ces décisions.

Tout pourvoi doit être fondé sur une violation des principes de la loi ou des formes de procéder.

En matière civile, un pourvoi n'est discuté et jugé par la chambre civile qu'après avoir été admis par la chambre des requêtes.

La cour de cassation n'est jamais appelée à apprécier les faits. Elle doit tenir pour certains ceux qui ont été admis par le tribunal dont la décision est l'objet du pourvoi, et voir seulement si la loi a été sainement appliquée à ces faits, ou si les formes ont été scrupuleusement observées. *La cassation*, a dit Napoléon, *est un procès entre l'arrêt et la loi*. Ainsi, la cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Elle a une mission purement régulatrice, dont le but est d'empêcher des interprétations opposées de la loi ou l'oubli des formes de s'introduire dans les divers ressorts des tribunaux du royaume. Par l'unité de ses vues, elle maintient dans leurs doctrines la plus grande uniformité possible.

Quand la cour de cassation a rejeté un pourvoi, aucun recours nouveau ne peut avoir lieu. Un recours au roi n'aurait pas de sens, car c'est seulement par les tribunaux que le roi rend la justice. Néanmoins, en matière criminelle, le roi a le droit de faire grâce.

Quand la cour de cassation a cassé un jugement ou un arrêt pour fausse application de la loi ou pour violation des formes de procéder, ses pouvoirs sont épuisés; elle n'a pas le droit d'appliquer sa doctrine aux faits, elle doit renvoyer la contestation à un autre tribunal ou à une autre cour.

Il y a devant tous les tribunaux que je viens de parcourir, à l'exception des tribunaux de commerce et des tribunaux de paix, des magistrats particuliers qui exercent un ministère appelé le *ministère public*.

Dans l'ordre civil, ces magistrats sont chargés de donner leur avis sur certaines contestations. La loi trouve dans l'examen auquel ils se livrent de puissantes garanties.

Dans l'ordre criminel, ils poursuivent la répression des faits punissables; lorsque des faits de cette nature sont déférés aux tribunaux, ils soutiennent l'accusation et requièrent l'application des peines.

On voit que ces magistrats ne jugent jamais. Ils sont nommés par le roi, et sont essentiellement amovibles.

Les magistrats du ministère public se nomment *procureurs du roi* devant les tribunaux d'arrondissement, et *procureurs généraux du roi* devant les cours royales. Les premiers sont aidés dans leurs fonctions par des substituts; les seconds par des avocats généraux et des substituts. A la cour de cassation, il n'y a qu'un procureur général et des avocats généraux.

Devant les tribunaux de simple police, les fonctions du ministère public sont remplies par un com-

missaire de police, et dans les lieux où il n'y en a pas, par le maire ou par un adjoint.

Chaque tribunal, dans la sphère exclusive de ses attributions, applique la loi aux hypothèses particulières qui lui sont soumises; quand la loi est obscure, il l'interprète et l'applique alors selon le sens qu'il croit devoir lui donner.

Le juge ne peut refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (art. 4, Cod. civ.).

Avec un principe contraire, le juge aurait pu trop facilement décliner sa mission; le législateur, sans cesse appelé à expliquer ou à compléter sa pensée, aurait été transformé en jurisconsulte, et placé en dehors de l'unique rôle qui lui convient.

Tout refus de rendre la justice constitue un délit nommé *déni de justice* (art. 4, Cod. civ.; 505, Cod. pr.; 185, Cod. p.).

L'on a érigé en véritable théorie l'interprétation des lois, et sur cette théorie l'on a écrit des volumes où les divisions, les subdivisions, les axiomes et les règles sont multipliés à l'infini. A mes yeux, de tels travaux sont un abus de l'esprit humain.

Connaître le langage du droit, c'est-à-dire le sens technique des termes de la loi; être nourri de la saine intelligence de ses principes; être surtout fa-

milier avec son esprit, son but, sa portée; connaître l'histoire du pays pour lequel elle est faite, ses institutions actuelles, ses mœurs, ses coutumes; joindre à ces notions, fruit de travaux approfondis, un esprit droit, un jugement calme, un cœur pur, une conscience impartiale : voilà les meilleures garanties d'une bonne interprétation; voilà la vraie science!

Je ferai remarquer qu'en matière criminelle le droit et le devoir d'interpréter sont beaucoup plus restreints qu'en matière civile. Là, les analogies doivent être écartées, le juge ne peut suppléer le silence de la loi, et, quand elle est muette ou insuffisante, il doit absoudre.

Je dirai, enfin, qu'en toute matière le juge n'a pas d'interprétation à faire quand la loi est claire et positive. Alors il doit l'appliquer sans se permettre même de la juger. Le magistrat n'est jamais plus grand que lorsqu'il sait se placer sous le despotisme de la loi.

L'interprétation dont je viens de parler est appelée *interprétation doctrinale*.

Elle doit être isolée, individuelle; dans chacune des causes qui lui sont soumises, le juge doit apporter un examen nouveau, conserver son libre arbitre, et, sur une même question, juger aujourd'hui autrement qu'hier si de nouvelles lumières lui ont apporté une autre conviction. Il lui est défendu de prononcer par voie de disposition générale et règle-

mentaire, c'est-à-dire de rendre des jugements obligatoires pour tous les citoyens, et proclamés dès à présent applicables à toutes les causes analogues qui pourraient se présenter (art. 5, Cod. civ.).

Par de telles décisions, le pouvoir judiciaire empièterait sur le pouvoir législatif; il ramènerait insensiblement une diversité de législation qui serait fatale aux intérêts publics et privés.

L'interprétation doctrinale ne peut pas toujours suffire : une lutte peut s'élever entre la cour de cassation et les tribunaux inférieurs; alors intervient l'interprétation *par voie d'autorité*, qui fixe le sens de la loi d'une manière définitive.

A cet égard, divers systèmes se sont succédé.

D'après une loi du 16 septembre 1807, il y avait nécessairement lieu à l'interprétation par voie d'autorité, lorsque la cour de cassation avait cassé deux arrêts ou jugements en dernier ressort, rendus dans la même affaire, entre les mêmes parties, attaqués par les mêmes moyens, et que la troisième décision en opposition avec sa doctrine était attaquée de nouveau.

Le chef du gouvernement interprétait la loi par une ordonnance, et la cour de cassation admettait ou rejetait le troisième pourvoi, selon que la troisième décision attaquée se trouvait contraire ou conforme à l'ordonnance d'interprétation.

Sous l'empire de cette loi, l'ordonnance venait se confondre avec la loi qu'elle avait pour but d'expliquer, et celle-ci était censée désormais avoir toujours eu, et vis-à-vis de tous, la signification que lui donnait l'ordonnance même.

Une loi du 30 juillet 1828 enleva le droit d'interprétation au pouvoir exécutif et fit intervenir le pouvoir législatif.

Selon cette loi, après la cassation de deux arrêts ou jugements en dernier ressort, attaqués et cassés successivement par les mêmes motifs, l'affaire était renvoyée, dans tous les cas, à une cour royale qui prononçait définitivement.

C'était donc à cette cour royale qu'appartenait le droit d'interprétation, quant au litige qui avait provoqué le conflit.

Puis, il en était référé au roi, et une loi était présentée aux chambres dans la session suivante.

Mais la loi votée, sur le référé, était-elle une loi interprétative ou une loi nouvelle?

M. Isambert, dans un article publié par la *Revue de législation*, page 241, tome 1[er], démontre très-bien que le pouvoir législatif n'a voté que des lois nouvelles, en refusant, malgré les réclamations des partisans des lois interprétatives, d'adopter cette formule : « La loi du... doit être interprétée en ce sens.... »

« Il ne convient pas, dit-il, de forcer les chambres à se préoccuper du passé, et à descendre en quelque sorte dans l'arène judiciaire.

» Ne serait-il pas contre leur dignité de les forcer à adopter l'une ou l'autre des deux opinions controversées entre la cour de cassation et les cours royales? Outre la déconsidération qui en résulterait pour la magistrature, ce serait les placer dans une alternative qui répugnerait à leur conscience. »

Il cite ensuite un projet de loi soumis aux chambres, dans une circonstance où l'option était entre une déchéance de huit jours et une déchéance de trois ans pour les actions de la régie des contributions indirectes; or, la commission y substitua une prescription de trois mois.

Les lois faites en vertu du référé étaient donc des lois nouvelles, ne disposant que pour l'avenir, sans action sur le passé, et inapplicables dès lors aux faits accomplis ou aux litiges commencés avant leur promulgation. Ainsi, les citoyens entre qui existaient ces litiges n'avaient rien de plus sage à faire que de transiger, pour échapper aux incertitudes de la loi obscure; s'ils ne transigeaient pas, ils étaient exposés à parcourir le cercle des juridictions et à voir le litige venir expirer seulement devant une cour royale.

Désormais, une loi du 1[er] avril 1837 statue qu'après la cassation d'un deuxième arrêt, ou d'un

deuxième jugement en dernier ressort, fondée sur les mêmes motifs qui ont déterminé une première cassation, *la cour royale ou le tribunal* auquel l'affaire sera renvoyée devra se conformer à la doctrine de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour.

La loi de 1837 attribue ainsi à la cour de cassation le droit d'interprétation définitive que la loi de 1828 attribuait toujours à une cour royale.

« La loi de 1828, a dit M. Persil, garde des sceaux, portait une grave atteinte à l'institution de la cour de cassation, en la plaçant dans un état d'infériorité vis-à-vis des cours royales. Ce n'était plus la cour suprême qui fixait la jurisprudence, ses arrêts n'étaient en quelque sorte que des consultations que les cours royales restaient maîtresses de suivre ou de repousser. Cet état de choses tendait à sacrifier l'unité de législation, en nous exposant au retour de ces jurisprudences variées, critiquées avec tant de raison sous les anciens parlements. » (*Exposé des motifs de la loi de* 1837.)

Toutefois, on a reproché à la loi de 1837 de dénaturer l'institution de la cour de cassation, en lui attribuant une sorte de pouvoir législatif. Ce reproche n'est pas fondé, car ce n'est pas comme *loi* que la cour ou le tribunal de renvoi sera tenu d'appliquer la décision de la cour suprême, mais comme

chose jugée. La doctrine de la cour suprême ne sert de règle que pour le litige qui a donné lieu à son arrêt ; les autres litiges restent sous l'empire de la loi obscure, et peuvent recevoir, même de la cour de cassation, s'ils sont portés devant elle, une solution différente.

On a dit encore que les cours royales et les tribunaux, réduits à enregistrer les décisions de la cour de cassation, souffraient dans leur indépendance. Mais il faut bien admettre une hiérarchie; d'ailleurs, les cours royales et les tribunaux conservent l'appréciation du point de fait.

La loi de 1837 supprime les référés obligés ; c'est au gouvernement à juger de l'état et des besoins de la législation, et à présenter les projets de lois qui lui paraissent utiles pour mettre un terme à des conflits judiciaires.

D'ailleurs, les chambres, qui ont aujourd'hui l'initiative des lois, offrent à cet égard de nouvelles garanties.

Il est évident, enfin, que la doctrine des lois interprétatives est formellement proscrite par la loi de 1837.

C'est ici le lieu de dire que les lois peuvent être l'objet d'une *abrogation*, c'est-à-dire d'un anéantissement complet, ou d'une *dérogation*, c'est-à-dire

d'un changement partiel apporté aux dispositions qu'elles contiennent.

L'abrogation et la dérogation ne peuvent être l'œuvre que du pouvoir législatif.

Elles sont expresses ou tacites : expresses, quand la loi nouvelle exprime formellement sa volonté à cet égard ; tacites, quand l'innovation totale ou partielle se révèle comme une conséquence implicite et virtuelle.

Il y a des lois inviolables : ces mots traduisent exactement, à mes yeux, la pensée de l'art. 6, Cod. civ., ainsi conçu : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui *intéressent* l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Ordre signifie arrangement ; *public* signifie social.

L'ordre public, c'est donc l'arrangement de la société, la disposition des personnes, l'économie du grand tout.

Qui est-ce qui a arrangé la société ? La loi.

L'ordre public est donc un effet, une production de la loi.

Dès lors, les lois qui intéressent l'ordre public sont celles qui le produisent, ou même qui, après l'avoir produit, le conservent et le protègent.

Les lois qui créent les rangs, qui déterminent les droits et les obligations qui en dépendent, qui

fixent les événements ou les conditions auxquelles ils sont subordonnés, sont donc inviolables; il n'est pas permis de rien changer à leurs principes ou à leurs conséquences par des conventions particulières.

Ainsi, un mari ne peut abdiquer la puissance maritale, un père la puissance paternelle, un fils ne peut abdiquer sa légitimité, un majeur ne peut se constituer volontairement en état d'interdiction.

Ordre public signifie aussi *sûreté sociale*, *tranquillité générale*, *paix entre tous*.

Les lois qui ont pour but d'assurer et de maintenir cette harmonie dans les parties diverses de l'ensemble social sont également inviolables.

Ainsi, l'on ne peut pas renoncer d'avance à la prescription; elle est une des sources de la sécurité et de la paix publiques. Une telle renonciation serait un élément de désordre (2220, Cod. civ.).

Bonnes mœurs signifient *inclination pour le bien*, *habitude de ce qui est honnête*.

Or, toute convention de nature à offenser ce qui est honnête ou à paralyser l'effet d'une loi qui tend à favoriser ce qui est bien est illicite comme contraire aux bonnes mœurs.

Mais, qu'est-ce que le bien? qu'est-ce que le mal?

Ici, les passions de l'homme obscurcissent souvent la vérité, et, dans l'application, il faut bien adopter l'arbitraire du juge.

Nul doute que l'on ne puisse pas renoncer à la succession d'un homme vivant, ni faire aucun pacte sur une telle succession sans blesser la morale publique (1130); mais, par exemple, la condition de ne pas se marier, de ne pas se remarier, d'épouser ou de ne pas épouser telle personne, de changer ou de ne pas changer de religion, peut donner une idée de ce que présente souvent de vaste et de difficile l'application du principe qui proclame le respect des bonnes mœurs dans les conventions particulières.

Quant aux lois qui consacrent seulement des intérêts et des droits privés, elles ne sont pas inviolables; chacun peut renoncer aux droits introduits en sa faveur et qui sont sans corrélation avec l'ordre public et les bonnes mœurs.

Ainsi, un héritier peut très-bien renoncer à une succession ouverte et, de cette manière, déroger à la loi qui lui donne une part dans le patrimoine du défunt.

Ainsi encore, on peut très-bien renoncer à une prescription acquise et restituer l'objet qu'elle donne le droit de garder : alors, le possesseur obéit librement à l'équité, sans porter atteinte à l'économie générale d'une institution salutaire.

Les généralités qui précèdent me paraissent la meilleure préparation à l'étude même du Code civil.

J'aurais pu, sans doute, leur donner plus de développement, en agrandir le cercle par des considérations et les éclairer par l'histoire; mais j'ai voulu seulement faire une introduction et disposer les esprits.

Il me reste à dire, dans un rapide tableau, l'historique de la rédaction du Code civil et la pensée qui y a présidé.

Un arrêté des consuls du 24 thermidor an 8 (12 août 1800) nomma une commission composée de MM. Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu et Malleville, tous magistrats, « pour comparer l'ordre suivi dans la rédaction des projets de Code civil publiés jusqu'à ce jour, déterminer le plan qui paraîtrait le plus convenable, et discuter ensuite les principales bases de la législation en matière civile. »

Le besoin de reviser la législation se faisait alors impérieusement sentir.

La France était divisée en pays de droit coutumier et en pays de droit écrit. Les premiers étaient régis par des coutumes, œuvre de la féodalité; les unes écrites, les autres non écrites; les unes générales, les autres particulières. Les seconds étaient régis par le droit romain, gravement modifié par la jurisprudence des parlements. Les rois avaient fait, à leur tour, diverses ordonnances qui étaient

des lois; les unes abrogées, les autres considérées comme étant toujours en vigueur. Depuis 1789, la constitution politique de la France était changée; divers gouvernements s'étaient déjà succédé, chacun d'eux avait enfanté ses lois, la plupart empreintes d'exagération et d'un esprit de réaction orageuse du présent contre le passé : le chaos était à son comble; l'uniformité de législation devenait le corollaire et le complément indispensable de la régénération sociale qui tendait enfin à s'accomplir.

La commission termina son travail dans l'espace de cinq mois. Le projet rédigé par elle fut imprimé, publié et envoyé à la cour de cassation et aux cours d'appel, qui l'examinèrent et présentèrent leurs observations.

Au mois de germinal an 10 (mars et avril 1802), le gouvernement songea à donner au projet revu et amendé la force législative.

Chaque titre du projet fut discuté dans la section de législation du conseil d'état, sous la présidence de Napoléon. La sagesse et la profondeur de vues dont le premier consul fit preuve dans cette discussion sont une vérité désormais acquise.

La rédaction adoptée par cette partie du conseil d'état était soumise à une assemblée générale de ses membres.

La rédaction définitive était portée au corps légis-

latif par un orateur du gouvernement qui développait dans un discours les motifs du titre présenté, et en proposait l'admission.

Le corps législatif, après avoir reçu cette première communication, renvoyait la loi au tribunat, qui la soumettait à l'examen de la section de législation : un rapport était fait au nom de celle-ci, en assemblée générale ; puis, après une discussion où toutes les opinions pouvaient se produire, la loi était adoptée ou rejetée sans amendement.

Enfin, le vœu du tribunat était porté au corps législatif par un orateur chargé de le développer. Le corps législatif votait sans aucune discussion.

C'est ainsi que trente-six titres furent successivement élaborés, discutés et votés.

Les observations de la magistrature, les discussions au conseil d'état, les exposés faits au corps législatif, les rapports et les discours des tribuns ont été soigneusement recueillis, et ces documents peuvent être consultés avec fruit.

Néanmoins, je crois que l'importance du plus grand nombre a été exagérée. Ainsi, il n'est pas toujours facile de saisir la relation qui existe entre la rédaction définitive d'un article de loi et les observations bigarrées des tribunaux, ou les conversations croisées et un peu confuses des conseillers d'état. Ainsi encore, les rapports et les discours des tribuns

expriment souvent des opinions personnelles qui, plus d'une fois, ont été citées fort mal à propos comme un commentaire irrécusable de la loi même. Mais les exposés de motifs sont une œuvre précieuse. Là on trouve moins la pensée de l'orateur que la pensée de la loi, et souvent l'aspérité des détails y fait place à un tableau éloquent de l'ensemble.

Néanmoins, j'ai regretté d'y trouver parfois une élégance qui n'est pas d'un goût très-pur, et une philosophie qui manque de vérité.

La jeunesse surtout devra lire avec la plus grande attention les exposés de motifs. Quant aux discussions du conseil d'état et aux observations des tribunaux, elle peut, sans inconvénient, en différer l'étude.

Les trente-six lois isolées furent réunies en un seul corps par une loi particulière du 30 ventôse an 12 (20 mars 1804), sous le nom de *Code civil des Français*.

Il importe de remarquer que la loi du 30 ventôse an 12 ne fixe pas pour tout le Code civil une date unique; elle dit, au contraire, dans son article 6, que chacune des lois isolées dont il se compose conserve son exécution à partir du jour où elle a dû la recevoir en vertu de sa promulgation particulière.

Le Code civil commence par un titre préliminaire que j'ai développé dans cette introduction même,

puis il est divisé en trois livres ; chaque livre est divisé en titres, la plupart des titres sont divisés en chapitres, et certains chapitres en sections. Mais le Code forme une série unique d'articles désignés chacun par un numéro.

Une loi du 3 septembre 1807 substitua dans le Code des dénominations impériales à des termes républicains ; une ordonnance du 3 août 1816 substitua des dénominations royales aux dénominations impériales.

Le premier livre offre le tableau de l'organisation civile des personnes ; le second classifie les biens et indique les divers droits dont ils peuvent être l'objet; là est renfermée la théorie de la propriété et de ses démembrements divers. Le troisième livre énumère les différentes manières dont les biens qui appartiennent aux personnes peuvent changer de propriétaires ou de possesseurs.

« Les rédacteurs du Code civil, dit M. le comte Portalis, dans un travail récent lu à l'académie des sciences morales, ne se bornèrent pas à compiler, à choisir, à reviser : leur tâche était plus difficile et plus grande. Ils étaient appelés à lier, par une transition sans secousse, le présent et le passé ; à concilier tous les intérêts sans faire fléchir aucun droit; à opérer une amiable composition entre des opinions et des usages opposés.

» Leur travail reposa sur ces trois grandes bases : la complète sécularisation de l'ordre politique et civil, l'égalité des citoyens devant la loi et des enfants dans la famille, l'affranchissement de la propriété et le droit d'en user et d'en disposer sans autres limites que celles qu'impose la loi dans l'intérêt de l'utilité publique. » (*Revue de législation*, tome 7).

Je crois devoir encore citer ces belles paroles de M. Laferrière, dans son *Histoire du droit*, tome 2, page 519 :

« Le Code civil, riche des lumières combinées de l'école romaine et de l'école française, est un code essentiellement civilisateur. Il renferme trois caractères: *tradition* des anciens principes; *transaction* entre les coutumes et le droit romain; *originalité* puisée dans les idées de la révolution de 1789. Il réfléchit l'esprit du christianisme, des coutumes et de la révolution dans le droit des personnes, ce droit *personnel* dont l'antique racine se trouve même dans les usages germaniques; il réfléchit l'esprit du christianisme et des lois romaines dans le droit des choses, le droit de la propriété et des obligations qui s'y rapportent, ce droit *réel* dont les premiers fondements sont dans Rome antique.

» La propriété territoriale, dans les nouvelles phases que lui ouvre de notre temps le progrès de l'industrie, verra sans doute s'unir à son esprit d'é-

galité et de liberté un principe plus large de mobilisation ; l'économie politique s'associera efficacement à la législation civile, mais ce ne sera encore qu'une nouvelle application du principe de 89. Tout ce que le Code a d'imparfait ou d'incomplet disparaîtra successivement au flambeau de la philosophie chrétienne et sociale. »

J'aurais voulu me livrer ici moi-même à une appréciation générale et critique du Code civil ; mais une critique dans une introduction me paraît un contre-sens; je la réserve donc pour la fin de mon livre. Ce sera une conclusion naturelle. Ainsi fait le voyageur : il jette les yeux en arrière et médite utilement sur la route qu'il a parcourue.

THÉORIE RAISONNÉE
DU CODE CIVIL.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

J'AI défini le mot *personne* pris dans son acception légale; j'ai indiqué des différences essentielles entre les droits publics, politiques et civils; j'ai dit enfin la distinction qu'il faut faire entre la jouissance et l'exercice d'un droit. (Introduction.)

Or, la loi commence par déterminer la catégorie des individus auxquels est attribuée, en règle générale, la jouissance des droits civils français : cette première catégorie domine toutes les autres.

« *Tout Français*, dit l'art. 8, Cod. civ., jouira des droits civils. »

Source d'une faveur pour les individus qui appar-

7

tiennent à la France, cet article fait pressentir par là même une exclusion contre ceux qui ont une autre patrie.

Si tel est le principe, quelle cause déterminera la nationalité des hommes?

Le Code civil la détermine d'abord par l'origine : il en fait un type essentiellement transmissible de génération en génération.

Mais avant de préciser sa théorie sur ce point, il importe de rechercher celles qui l'ont précédée, car il faut bien savoir quelle nationalité appartenait à l'auteur immédiat de celui qui, depuis le Code civil, a été le premier anneau de la chaîne.

La constitution du 3 septembre 1791 attribuait la qualité de citoyen français à ceux qui naissaient en *France* d'un père *français*. En l'absence de ces deux conditions, l'on naissait étranger : si l'une au moins d'entre elles existait, l'autre pouvait être facilement remplacée.

« Sont *citoyens français* ceux qui sont nés en France d'un père français; ceux qui, nés en France d'un père étranger, ont fixé leur résidence dans le royaume; ceux qui, nés en pays étranger d'un père français, sont venus s'établir en France et ont prêté le serment civique; enfin ceux qui, nés en pays étranger et descendant à quelque degré que ce soit d'un Français ou d'une Française expatriés pour cause de religion, viennent demeurer en France et prêtent le serment civique (art. 2, tit. 2). »

La constitution du 24 juin 1793 accepta comme citoyens français tous ceux qui naissaient en *France*

et y fixaient leur domicile, en différant néanmoins jusqu'à la majorité l'exercice des droits attachés à ce titre.

« Tout homme né et domicilié en France, âgé de 21 ans accomplis, est admis à l'exercice des droits de *citoyen français* (art. 4). »

La constitution du 5 fructidor an 3 (22 août 1795) isola le titre de *Français*, source des droits civils, du titre de *citoyen*, source des droits politiques. Tout homme né et résidant en *France* fut encore Français, mais le Français dut accomplir diverses conditions pour être citoyen.

« Tout homme né et résidant en France, qui, âgé de 21 ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui a demeuré depuis, pendant une année, sur le territoire de la république, et qui paye une contribution directe, foncière ou personnelle, est *citoyen français* (art. 8). »

Enfin, l'art. 2 de la constitution du 22 frimaire an 8 (13 décembre 1799) s'exprima en ces termes: « Tout homme né et résidant en *France* qui, âgé de 21 ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son arrondissement communal, et qui a demeuré depuis, pendant un an, sur le territoire de la république, est *citoyen français.* »

Cette distinction entre le titre de Français et celui de citoyen est parfaitement démontrée par l'art. 7, Cod. civ.: « *L'exercice des droits civils* est indépendant, dit-il, de la qualité de *citoyen*, laquelle ne *s'acquiert* et ne se *conserve* que conformément à *la loi constitutionnelle.* »

Or, la constitution contemporaine du Code civil était la constitution de l'an 8 (1799); selon cette constitution et celle de 1795, dont l'esprit est le même, il fallait donc accomplir certaines conditions pour passer de l'état de Français à l'état plus complet de citoyen ; mais il est bien évident que l'une et l'autre attribuaient au moins la qualité de Français à tout individu né et résidant en *France*, quelle que fût la nationalité de son père.

La qualité de Français pouvait être ainsi le produit du hasard ; le Code civil s'est montré plus digne et plus logique en déterminant, comme on l'a vu, la nationalité par l'origine, c'est-à-dire en donnant à l'enfant la nationalité paternelle.

« Tout enfant, dit l'art. 10, Cod. civ., né d'un *Français* en pays étranger, est Français. »

La loi se fût exprimée avec plus d'exactitude si elle eût dit : Né d'un Français, *même* en pays étranger.

Il résulte de tout ce qui précède que l'individu né le premier, depuis le Code civil, aura transmis à ses descendants la nationalité de son père déterminée par la loi sous l'empire de laquelle celui-ci était né.

Je dois faire remarquer immédiatement que la Charte de 1814 et celle de 1830 n'exigeant plus aucune condition pour que du rang de Français on s'éleve à celui de citoyen, tout Français est aujourd'hui citoyen.

Néanmoins il est généralement admis que l'art. 5 de la constitution de l'an 8 est encore en vigueur, comme consacrant une exception nécessaire : or, selon cet article, « *l'exercice* des droits de *citoyen*

français est suspendu par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli; par l'état de domestique à gages, attaché au service de la personne ou du ménage. »

Le principe fondamental de l'art. 10, Cod. civ., qui attribue la qualité de Français à tout individu né d'un Français, ne pouvant pas être appliqué à l'enfant qui naît de parents inconnus, le lieu de sa naissance pourra seul déterminer sa nationalité.

Si un tel enfant est reconnu par son père ou par sa mère, la nationalité de celui des deux qui l'aura reconnu deviendra la sienne. Peu importe qu'il soit né dans un autre pays que celui auquel va désormais l'attacher le père ou la mère qui l'accepte pour enfant, et qu'ainsi sa nationalité primitive, déterminée par le territoire où le hasard l'a fait naître, doive s'évanouir et faire place à une nationalité nouvelle: dans l'ordre légal, il ne peut pas ne pas être l'enfant du père ou de la mère qui le reconnaît, et dès lors il ne peut pas ne pas suivre la nationalité de l'auteur de ses jours. Toutefois, il a le droit de contester la reconnaissance; mais, s'il ne la conteste pas, la nationalité est forcée, et les lois du pays auquel le hasard seul attribuait cet enfant seraient certainement impuissantes pour paralyser les effets d'une paternité ou d'une maternité volontaire.

Cette première vérité, dont personne, je crois, ne s'est rendu compte, me paraît positive: dès lors, comment nier que l'enfant reconnu d'abord par une étrangère, puis par un Français, soit Français lui-

même ? Entre deux nationalités également démontrées, celle du père dont l'enfant prendra le nom et sous la puissance duquel il sera placé ne doit-elle pas l'emporter ? Mais, dit M. Duranton, n° 125, que pourront nos propres lois contre les lois étrangères qui revendiquent cet enfant? Je réponds : Que pourront plutôt les lois étrangères contre nos lois qui indiquent la reconnaissance comme le moyen de donner un père à un enfant naturel, et qui ne peuvent pas ne pas faire de la nationalité de celui-ci la conséquence nécessaire de la paternité ?

Si l'enfant reconnu d'abord par une Française l'est ensuite par un étranger, l'effet de cette reconnaissance sera le même, et la France subira la réciprocité du principe. Mais peut-il dépendre d'un étranger, dit M. Duranton, n° 124, de ravir à cet enfant la qualité de Français ? Ce n'est pas là une raison ; toute reconnaissance de paternité donne et enlève quelque chose, et la reconnaissance, admise en principe, comme éclaircissement d'un fait mystérieux, comme révélation non équivoque d'une origine inconnue, en un mot, comme démonstration de la paternité, ne doit pas être acceptée ou proscrite selon ses résultats.

D'ailleurs, je le répète, l'enfant reconnu peut toujours contester une reconnaissance qu'il croit nuisible à ses intérêts, et si une telle contestation, par les difficultés qu'elle présente, n'est souvent qu'une ressource illusoire, qu'importe? un fait à subir n'enlève rien à un droit.

Si l'enfant né d'un Français, quelque part qu'il

naisse, est Français, l'enfant né d'un étranger, quelque part qu'il naisse, est étranger.

Toutefois, l'art. 9, Cod. civ., prévoit le cas spécial où un enfant naît en *France* d'un étranger, et voulant favoriser celui qui a vu le jour sur le sol français, il lui offre un moyen facile de se rallier complétement à la patrie française. Il suffit que, dans l'année qui suit *sa majorité*, cet enfant, s'il réside en France, déclare que son intention est d'y être désormais domicilié, et, s'il n'y réside pas, qu'il y établisse réellement son domicile dans l'année qui suivra sa déclaration.

Cette déclaration doit, sans doute, être faite à la mairie du lieu où l'enfant veut s'établir, par induction de l'art. 104, Cod. civ.

Si l'enfant n'exprime pas son intention dans l'année de sa majorité, ou bien s'il n'établit pas en France son domicile dans l'année de sa déclaration, il reste dans la catégorie des étrangers ordinaires.

Une faveur d'un tel prix réclamait ces conditions et ces limites.

Mais de quelle majorité parle l'art. 9? Il semble que c'est de la majorité étrangère, car la loi qui fixe la majorité est une loi personnelle, qui suit dès lors l'étranger chez les autres nations. Néanmoins, il est plus vraisemblable que l'art. 9 fait allusion à la majorité française fixée à vingt-un ans, et cette interprétation paraît très-logique en présence de la constitution de l'an 8, alors en vigueur, et d'après laquelle (art. 3) un individu *tout à fait étranger* pouvait, à cet âge, devenir français.

L'art. 9 ne saurait s'appliquer à l'enfant qui, né en pays étranger, prétendrait avoir été *conçu* en France. Cet article crée un droit exceptionnel, et il l'accorde à l'enfant *né* en France; or, un droit exceptionnel ainsi précisé ne doit pas être étendu. D'ailleurs, il serait souvent impossible de déterminer si le fait de la conception s'est accompli ou non en France.

Le 2me § de l'art. 10, Cod. civ., prévoit un autre cas spécial, c'est celui où un enfant naît *en pays étranger* d'un Français qui a perdu cette qualité : il l'admet à recouvrer le titre de Français en remplissant les formalités prescrites par l'art. 9. Ce qu'il y a de remarquable, c'est que cet enfant pourra user de cette faculté non-seulement dans l'année de sa majorité, mais pendant toute sa vie, et que, s'il ne fixe pas en France son domicile dans l'année de sa déclaration, il pourra la renouveler : tel est le sens du mot *toujours*, employé par la loi, qui a eu raison de se montrer plus large envers celui qui est d'un sang primitivement français. Si l'enfant naît *en France*, il pourra, à bien plus forte raison, invoquer le privilége de l'art. 10; mais il aura besoin de l'invoquer, et il ne sera pas Français de plein droit, car il n'est pas né d'un Français.

L'enfant conçu avant que son père perdît sa qualité de Français est-il Français de plein droit ? Tous les auteurs enseignent l'affirmative en se fondant sur cette maxime : *l'enfant est réputé né quand il s'agit de son intérêt*. Il me semble néanmoins que l'enfant pouvant très-bien avoir intérêt à n'être pas Français, il

faut, pour appliquer la maxime avec discernement, lui laisser la faculté de choisir entre la nationalité que la naissance lui imprime et celle qu'il a droit de réclamer au nom de la conception.

Après avoir attribué d'une manière générale la jouissance des droits civils à celui qui est Français par la naissance, la loi devait déterminer la position civile de l'étranger vis-à-vis de la France.

Le Code civil consacre, à cet égard, un système de réciprocité : « L'étranger, dit l'art. 11, jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

Cet article a été gravement modifié par une loi postérieure ; pour bien comprendre ce qu'il fut et ce qu'il est, un retour rapide sur le passé est indispensable.

Autrefois, les étrangers ne jouissaient d'aucuns droits civils en France (Merlin, *Rép.*, v° *étranger*). Ils étaient particulièrement soumis au droit appelé *droit d'aubaine* (*alibi natus*). C'était le droit en vertu duquel le souverain recueillait la succession d'un étranger mourant en France sans y être naturalisé, ou même d'un étranger naturalisé qui n'avait pas disposé de ses biens et ne laissait aucun héritier regnicole ou naturalisé, et enfin du regnicole qui était sorti du royaume et avait renoncé à la France en s'établissant en pays étranger. (Merlin, *Rép.*, v° *aubaine.*)

Le droit d'aubaine avait été adouci par le *droit*

de détraction, en vertu duquel le souverain ne prélevait à son profit qu'une certaine partie de la succession, qu'il permettait aux étrangers de venir recueillir dans ses états. (Merlin, *Rép.*, v° *détraction.*)

Cette législation était fondée sur l'idée étroite que les étrangers n'étant unis aux nationaux par aucune communication habituelle, ceux-ci ne leur devaient aucune justice : c'était une application de la doctrine de la loi des douze Tables qui désignait l'étranger par la même expression que l'ennemi : *adversus hostem æterna auctoritas esto.*

Montesquieu avait appelé le droit d'aubaine un droit insensé. (*Esprit des lois*, liv. 21, chap. 17.)

Par un décret du 6 août 1790, l'assemblée constituante abolit les droits d'aubaine et de détraction comme *contraires aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes.* Ce décret fut étendu à toutes les possessions françaises, même dans les deux Indes, par un autre décret du 13 avril 1791. Enfin, le même principe fut exprimé d'une manière formelle dans le titre 6 de la constitution du 3 septembre de la même année.

Les autres peuples ne répondirent pas à l'appel du peuple français.

M. Treilhard, exposant les motifs du titre 1[er] du Cod. civ., critiquait ainsi la pensée de l'assemblée constituante : « Le projet de détruire les barrières qui séparent tous les peuples et de confondre tous leurs intérêts est sans doute une conception hardie et généreuse...; mais l'assemblée constituante ne fut-elle pas quelquefois jetée au-delà d'une juste mesure

par des idées philanthropiques que l'expérience ne pouvait pas encore régler ?...... Le plus sûr moyen de réaliser cette conception libérale, c'est d'admettre la règle de réciprocité qui peut amener un jour les autres peuples, par la considération de leurs intérêts, à consentir aussi à l'abolition du droit d'aubaine. »

C'est sur ces motifs que fut fondé l'art. 11, Cod. civ., que j'ai fait connaître, et les art. 726 et 912, qui appliquaient son principe de réciprocité au droit civil de succéder *ab intestat* et à celui de recevoir par donation ou par testament.

Le 14 juillet 1819 survint une loi dont l'art. 1er est ainsi conçu : « Les art. 726 et 912 du Code civil sont abrogés : en conséquence, les étrangers auront le droit de *succéder*, de *disposer* et de *recevoir* de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume. »

Cette loi était un calcul tout politique.

« Ce que nous désirons, disait le ministre de la justice en la présentant, ce sont des étrangers qui, demeurant propriétaires dans le royaume, s'y fixeront naturellement ou apporteront des capitaux desquels nous profiterons, quand même leurs propriétaires ne se fixeraient pas parmi nous. Le but sera atteint si nous leur rendons le libre et entier exercice du droit de propriété, en levant l'interdiction de disposer et de recueillir, qui restreint et asservit ce droit dans leurs mains. Les autres droits civils n'ont rien de commun avec celui qu'il nous est avantageux de restituer. Ce n'est pas par un mouvement de générosité que nous voulons effacer des différences relatives aux

successions et aux transmissions des biens, c'est par calcul; il ne faut donc effacer que celles qui peuvent dissuader les étrangers d'acquérir; ils n'ont besoin pour cela ni de droits politiques dont nous devons être avares, ni même de la plénitude des droits civils. »

La loi de 1819 renversa donc le système de réciprocité de l'art. 11 dans ses applications les plus importantes, elle proclama les mêmes résultats que le décret de 1790; mais les deux législations eurent un mobile bien différent, et il y a loin du libéralisme trop sentimental de l'une à la politique d'intérêt personnel trop nettement formulée par l'autre. Il eût été plus noble de se fonder sur la justice.

Quoi qu'il en soit, l'art. 11 subsiste aujourd'hui à l'égard des droits civils autres que ceux qui sont concédés d'une manière expresse et limitative par la loi de 1819, comme, par exemple, le droit d'être tuteur, curateur, membre d'un conseil de famille, de plaider comme demandeur contre un Français sans être obligé de fournir la caution *judicatum solvi* dont il sera bientôt parlé.

Mais il faut remarquer que l'art. 11 n'établit jamais de réciprocité que pour les droits purement civils, c'est-à-dire considérés par la loi civile comme directement créés par elle ou comme étant devenus son œuvre propre; qu'il fut et qu'il est, sans nul doute, inapplicable aux droits civils qui ont leur source dans le droit des gens, c'est-à-dire dans le droit naturel appliqué aux nations, et dont le caractère primitif n'a pas été altéré, tels que le droit,

pour les étrangers, de se marier en France, soit entre eux, soit avec des Français; le droit d'acquérir par achat, échange; de disposer par vente ou échange; de prêter, emprunter, louer, et de faire toute espèce d'opérations commerciales. Tel est encore le droit d'acquérir hypothèque par convention, selon les principes de la loi française, sur des immeubles situés en France; car, si l'hypothèque en elle-même est de pur droit civil, l'hypothèque *conventionnelle* a cela de particulier qu'elle est toujours l'accessoire d'un contrat dont elle garantit l'exécution; or, les contrats, en général, sont de droit naturel (1).

Je viens de dire la position exceptionnelle de l'étranger dans l'ordre civil; elle est indépendante des droits politiques dont il est entièrement privé. Comment, en effet, l'étranger participerait-il, sans une complète confusion d'idées, à l'exercice de la puissance publique en France?

Néanmoins il ne sera pas impossible à un étranger d'acquérir, en France, même les droits civils que la loi de 1819 ne concède pas; et, bien plus, s'il consent à abdiquer sa nationalité, de devenir citoyen français.

Voici donc venir une nouvelle catégorie d'indi-

(1) J'examinerai, au titre des hypothèques, si un mineur étranger et une femme mariée étrangère jouissent de l'hypothèque *légale* sur les biens possédés en France par le tuteur ou le mari. Quant à l'hypothèque *judiciaire*, on verra qu'elle est la conséquence forcée de tout jugement rendu en France, même au profit d'un étranger. Elle est comme la sanction des ordres de la justice.

vidus qui seront français, non plus par la naissance, mais par le *bienfait de la loi*.

Ici se reproduit la nécessité de connaître les diverses législations qui ont précédé le Code civil; car, pour savoir si des individus qui étaient primitivement étrangers ont acquis la qualité de citoyen français et ont pu la transmettre, c'est la législation sous laquelle ces individus se sont établis en France qu'il importe de consulter.

Avant 1789, le roi accordait des lettres de naturalité: celui qui les avait obtenues devenait français avec toute sa descendance.

Un nouvel ordre de choses fut écrit dans un décret du 30 avril 1790, confirmé, en ces termes, par la constitution du 3 septembre 1791, art. 3, tit. 2 : « Ceux qui nés, hors du royaume, de parents étrangers, résident en France, deviennent citoyens français après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils y ont en outre acquis des immeubles, ou épousé une Française, ou formé un établissement d'agriculture ou de commerce, et s'ils ont prêté le serment civique. »

L'art. 4 ajoutait : « Le pouvoir législatif pourra, pour des considérations importantes, donner à un étranger un acte de naturalisation, sans autres conditions que de fixer son domicile en France et d'y prêter le serment civique. »

La constitution du 24 juin 1793 se montra bien plus facile : « Tout étranger, âgé de 21 ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année, y vit de son travail, ou acquiert une propriété, ou épouse

une Française, ou adopte un enfant, ou nourrit un vieillard ; tout étranger, enfin, qui sera jugé, par le corps législatif, avoir bien mérité de l'humanité, est admis à l'exercice des droits de citoyen français (2me partie de l'art. 4). »

La constitution du 5 fructidor an 3 (22 août 1795) revint à des idées plus saines : « L'étranger devient citoyen français lorsque, après avoir atteint l'âge de 21 ans accomplis et déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant sept années consécutives, pourvu qu'il y paye une contribution directe et qu'en outre il y possède une propriété foncière ou un établissement d'agriculture ou de commerce, ou qu'il y ait épousé une Française (art. 10). »

Enfin, la constitution du 22 frimaire an 8 (13 septembre 1799) disait dans son art. 3 : « Un étranger devient citoyen français lorsqu'après avoir atteint l'âge de 21 ans accomplis et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives. »

Un sénatus-consulte du 26 vendémiaire an 11 (18 octobre 1802) apporta à la constitution de l'an 8 la dérogation suivante : « *Pendant cinq ans* à compter de la publication du présent sénatus-consulte organique, les étrangers qui rendront ou qui auraient rendu des services importants à la république, qui apporteront dans son sein des talents, des inventions ou une industrie utiles, ou qui formeront de grands établissements, pourront, *après un an de domicile*, être admis à jouir du droit de citoyen français (art. 1er). »

Les articles suivants indiquaient les formalités à suivre pour obtenir la concession du droit.

Ce sénatus-consulte, qui n'était que temporaire, fut rendu perpétuel par un autre sénatus-consulte du 19 février 1808.

Dans l'intervalle de 1802 à 1808 (et le 8 mars 1803) avait été décrété le titre premier du Code civil où se trouve l'art. 13 ainsi conçu : « L'étranger qui aura été admis, *par l'autorisation du roi*, à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider. »

Une nouvelle condition était donc imposée par le Code civil, c'était l'autorisation qui devait précéder, soit les dix ans de domicile, dans les cas généraux, soit l'année seulement de domicile, dans les cas exceptionnels.

Un décret du 17 mars 1809 vint exiger que, même dans les cas généraux, la naturalisation fût prononcée par le chef du gouvernement. La demande en naturalisation et les pièces à l'appui devaient être transmises, par le maire du domicile du pétitionnaire, au préfet, et par celui-ci, avec son avis, au ministre de la justice.

En combinant la constitution de l'an 8, le Code civil et le décret de 1809, l'on voit qu'aujourd'hui un étranger âgé de 21 ans peut devenir citoyen français en déclarant, dans une mairie quelconque, l'intention de se fixer en France, en recevant du roi l'autorisation d'y résider, en y résidant en effet pendant dix ans, et en obtenant du roi, après ces dix ans, sa naturalisation. Dans les cas exceptionnels

prévus par les deux sénatus-consultes ci-dessus, le domicile est, aujourd'hui encore, réduit à une année.

L'étranger naturalisé jouit donc tout à la fois des droits civils et des droits politiques français; néanmoins le droit politique, tout spécial, de siéger à l'une ou à l'autre chambre, doit être concédé par des lettres de *grande naturalisation* conférées par le pouvoir législatif lui-même (Ord. du 4 juin 1814).

Pendant les dix années de stage qui lui sont imposées pour devenir *citoyen*, l'étranger jouit, en France, selon l'art. 13, Cod. civ., qui a été cité, de *tous les droits civils;* mais il faut qu'il y réside. Toutefois l'on ne doit pas entendre cette condition en ce sens qu'il perdrait les droits attachés à la résidence, par cela seul qu'il irait en voyage : il suffit qu'il conserve en France son domicile, c'est-à-dire le siége de sa fortune et de ses affaires.

Pendant son stage politique, le candidat continue d'être soumis aux lois personnelles de son pays. Les enfants qui naissent de lui sont étrangers, car ils doivent le jour à un père qui n'est pas encore français. Je ne crois pas même, comme M. Duranton, n° 121, qu'ils jouissent au moins des droits civils : en effet, si leur père en jouit, c'est en vertu d'une exception; or, par sa nature, toute exception est personnelle. D'ailleurs, le père de famille traverse ici un temps d'épreuve; sa position est toute *précaire;* il faut attendre et non pas préjuger le résultat. Mais je dirai, avec cet auteur, que si ses enfants naissent en France,

ils pourront profiter de l'art. 9, Cod. civ. J'ajouterai que, si leur père obtient sa naturalisation pendant leur minorité, ils deviendront immédiatement eux-mêmes citoyens français, car des mineurs étroitement unis à leur père, et placés sous sa dépendance, doivent suivre sa condition, lorsqu'elle est devenue *définitive* ; ils doivent être associés à un titre qu'il a su mériter : désormais la France les adopte en adoptant le chef de la famille, et ils seront les petits-enfants de la France.

On conçoit, au reste, combien la loi de 1819, que j'ai déjà fait connaître, diminue l'importance de ces difficultés.

Les habitans des pays réunis à la France par les conquêtes faites depuis 1791, qui étaient venus s'établir sur le sol français, et leurs enfants nés en France pendant la réunion, se trouvant dans une position particulière depuis la séparation des territoires, une loi du 14 octobre 1814 leur applique des dispositions spéciales dans ses art. 1 et 2. Ceux qui ne se sont pas conformés à cette loi, et leurs enfants mineurs, sont redevenus étrangers.

Le mariage, enfin, fait acquérir la qualité de Français : ce principe s'applique à l'étrangère qui épouse un Français (art. 12, Cod. civ.).

J'ai dit jusqu'à présent la position civile du Français, celle de l'étranger vis-à-vis de la France, et la manière dont l'étranger peut devenir citoyen français. Les art. 14, 15 et 16, Cod. civ., règlent désormais quelques rapports réciproques qui peuvent

avoir lieu, d'individu à individu, entre un Français et un étranger.

L'art. 14 permet d'abord au Français de citer l'étranger devant un tribunal de France, pour l'exécution des *obligations* contractées, soit en France, soit en pays étranger.

C'est une dérogation au principe que le défendeur doit être appelé devant ses juges naturels, c'est-à-dire devant les juges de son pays, et, en règle générale, de son domicile.

Elle est fondée sur la difficulté de poursuivre un étranger devant un tribunal étranger dont les jugements, d'ailleurs, ne seraient pas toujours exécutoires en France (art. 546, Cod. pr.; 2123, Cod. civ.).

La loi ne distingue pas entre les obligations qui naissent d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit; elle place dans l'art. 14 une garantie que, dans tous ces cas, les mêmes motifs réclament en faveur du Français.

Le Français, qui reçoit ainsi de la loi française le droit d'assigner l'étranger en France, pourra prendre contre lui un jugement de défaut s'il ne comparaît pas. Dans le cas où les traités ne permettraient pas que ce jugement fût mis à exécution sur les biens de l'étranger situés dans son propre pays, le Français pourra au moins le mettre à exécution sur les biens de celui-ci situés en France. Enfin, ce jugement aura cela de particulier qu'il entraînera la contrainte par corps contre l'étranger non domicilié en France, si la somme principale de la condamnation n'est pas infé-

rieure à 150 fr. , sans distinction entre les dettes civiles et commerciales (art. 14 de la loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps) (1).

Il est évident que le tribunal français, qui aura à prononcer sur le litige existant entre un Français et un étranger, devra, pour savoir s'il faut appliquer la loi française ou la loi étrangère, se conformer à la distinction fondamentale que j'ai admise entre les lois personnelles, qui déterminent la capacité, et les lois réelles, qui régissent les biens (Introduction).

L'art. 15, Cod. civ., consacre au profit de l'étranger un droit réciproque contre le Français : l'étranger pourra traduire celui-ci devant un tribunal de France, et là le Français ne pourra pas prétendre que la justice n'est pas due, en France, à l'étranger.

Mais deux étrangers, séjournant en France, peuvent-ils s'actionner devant un tribunal français pour l'exécution d'obligations purement civiles? Non, sans doute, car un étranger ne peut pas distraire un autre étranger de ses juges naturels; d'ailleurs, un tribunal français ne *doit*, en principe, la justice qu'aux Français. Néanmoins un tribunal de France peut consentir à rendre la justice à des étrangers qui la réclament d'un commun accord.

S'il s'agissait d'une action immobilière ayant pour objet un immeuble situé en France, le tribunal devrait toujours statuer, car le différend n'intéresse plus seulement deux individus, il intéresse une

(1) Tout le titre 3 de cette loi régit la contrainte par corps contre les étrangers.

partie même du sol français dont la propriété ou la possession doit trouver des juges en France.

Enfin, il en serait de même si la contestation était commerciale et naissait d'un acte de commerce *passé en France :* le commerce est de droit naturel, du droit des gens primitif. Des commerçants qui contractent en France n'accomplissent pas un acte *civil* qui ait besoin de la justice *civile* d'un pays plutôt que d'un autre, mais un acte *humain* qui est de tous les pays, devant lequel les nationalités diverses viennent s'effacer, et qui, entre toutes les justices humaines, réclame naturellement pour arbitre celle du lieu où il s'est accompli. Cette dernière solution s'appuie, du reste, sur l'article 420, Cod. proc. civ., qui, en matière de commerce, permet au demandeur d'assigner, à son choix, le défendeur devant le tribunal de son domicile, ou devant celui dans l'arrondissement duquel la *promesse a été faite et la marchandise livrée*, et qui n'établit pas de différence pour le cas où la contestation existe entre deux étrangers.

Bien plus, cet article permet d'assigner devant le tribunal du lieu où il a été convenu que le paiement de la dette commerciale serait effectué : la loi fait alors de cette faculté une conséquence de la convention.

Il est évident que si le demandeur est un étranger jouissant, en France, des droits civils en vertu de l'art. 13, Cod. civ., il a le droit d'assigner, dans tous les cas, un étranger quelconque devant un tribunal français.

L'art. 16, Cod. civ., qu'il faut combiner avec les art. 166 et 167, Cod. proc., consacre au profit du Français, contre l'étranger, des mesures préventives. Ainsi, le Français actionné en France par l'étranger peut exiger de celui-ci une caution qui garantisse le paiement des frais et dommages-intérêts auxquels il est possible qu'il soit condamné. Autrement, un étranger pourrait impunément actionner un Français en France, et ensuite disparaître.

Cette caution est appelée caution *judicatum solvi;* elle est due non-seulement par l'étranger demandeur, mais encore par l'étranger intervenant, soit pour lui-même, soit pour le demandeur : elle n'est due ni par l'étranger défendeur, ni par l'étranger intervenant dans l'intérêt du défendeur, car la défense ne saurait jamais être entravée sans iniquité.

La caution ne peut être ordonnée d'office; elle doit être requise avant toute exception autre, sans doute, que celle d'incompétence.

Le jugement qui l'ordonne fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie. L'étranger peut consigner cette somme, ou même (art. 2041, Cod. civ.) donner un gage suffisant.

L'étranger est exempt de la caution dans les matières de commerce : le commerce réclame une liberté exceptionnelle. Il en est encore exempt s'il possède, en France, des immeubles d'une valeur suffisante : en effet, ceux-ci sont une garantie aussi efficace qu'un cautionnement.

Le droit d'exiger une caution n'entraîne pas celui de prendre hypothèque sur les immeubles de l'étran-

ger : ce serait ajouter arbitrairement aux garanties spéciales déterminées par la loi. Le Français ne pourrait pas même prendre hypothèque en vertu du jugement qui constaterait que les immeubles de l'étranger sont suffisants, car un tel jugement n'emporte pas de condamnation (art. 2123, Cod. civ.).

L'étranger peut enfin être exempt de la caution en vertu des traités. Il n'y est certainement pas astreint s'il jouit, en France, des droits civils selon l'art. 13, Cod. civ.

L'étranger traduit par un étranger, en matière civile, devant un tribunal français, peut-il exiger la caution *judicatum solvi?*

Je ne le pense pas. Il s'agit d'une protection accordée au Français, et instituée par le droit civil français. Pour qu'un étranger pût l'invoquer, il faudrait donc qu'il jouît, en France, des droits civils.

CHAPITRE II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SECTION Ire. — *De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français.*

Les droits civils étant attachés à la qualité de Français se perdent avec cette qualité.

Les diverses constitutions que j'ai rappelées précédemment contenaient des dispositions relatives à la perte de la qualité de citoyen français. On peut

consulter à cet égard l'art. 6 du titre 2 de la constitution du 3 septembre 1791, l'art. 5 de la constitution du 24 juin 1793, l'art. 12 de la constitution du 5 fructidor an 3 (22 août 1795), et l'art. 4 de la constitution du 22 frimaire an 8 (13 décembre 1799).

Selon le Code civil, la qualité de Français se perd d'abord par la naturalisation acquise en pays étranger (art. 17).

Le Code civil reconnaissait à tout Français la faculté d'abdiquer sa patrie, et celui qui usait de cette faculté devenait un étranger ordinaire.

Un décret du 26 août 1811 distingue la naturalisation autorisée de celle qui ne l'est pas (1).

L'art. 1er porte : « Aucun Français ne peut être naturalisé en pays étranger sans notre autorisation. »

L'art. 2 détermine la forme sous laquelle l'autorisation est accordée.

D'après l'art. 3, le Français naturalisé *avec autorisation* continue à jouir, en France, des droits civils.

L'art. 4 autorise les enfants de ce Français à recouvrer le titre de Français conformément à l'art. 10 du Code civil. Par exception, il les admet à succéder en France jusqu'à l'âge de 31 ans accom-

(1) Je raisonne dans l'hypothèse où les décrets impériaux inconstitutionnellement rendus ont force de loi. On peut voir, contre cette opinion généralement admise, des conclusions de M. Dupin aîné recueillies par M. Dalloz, *Jurisprudence générale du royaume*, 1831, 1, 171, et les réflexions pleines de force que M. A. Dalloz leur oppose.

Ce qu'il y a de remarquable à l'égard du décret de 1811, c'est que l'exécution en est rappelée dans une ordonnance royale du 10 avril 1823.

plis. Mais il est évident que cette limitation a disparu depuis la loi du 14 juillet 1819, qui accorde aux étrangers le droit de succéder en France.

Au reste, le Français naturalisé, même avec autorisation, perd ses droits politiques. Sous ce rapport, il est impossible d'avoir deux patries.

Selon l'art. 6, les biens du Français naturalisé *sans autorisation* sont confisqués. Mais la confiscation étant abolie depuis la charte de 1814, les biens de ce Français, au lieu d'être dévolus à l'état, sont dévolus à ses héritiers. Il est également privé des successions qui viennent à lui échoir. Il est, en un mot, frappé de mort civile (voy. Delvincourt, page 19, notes 1 et 2).

Pourrait-il invoquer le bénéfice de la loi de 1819? Non, car il n'est pas seulement devenu étranger, il a contrevenu à une loi prohibitive, il a encouru une pénalité *spéciale*, et la loi *générale* de 1819 n'a pas pu déroger au décret *spécial* de 1811.

Le même article 6 conférait les successions dont ce Français était privé à l'héritier appelé après lui, pourvu que cet héritier fût *regnicole*. Cette condition ne peut plus être exigée depuis la loi de 1819, puisque cette loi donne à tous les étrangers ordinaires le droit de succéder en France.

L'art. 7 indique la forme dans laquelle est constatée la mort civile encourue par le fait seul de la naturalisation non autorisée. Diverses déchéances spéciales sont prononcées par les art. 8, 9, 10 et 11.

Il faut remarquer l'art. 12 d'après lequel le Français peut être relevé de toute espère de déchéance par

des lettres de relief. M. Duranton, n°s 197 et 198, pense que ces lettres ont un effet rétroactif, et tel paraît être, en effet, l'esprit du décret.

Les art. 14, 15 et 16 du même décret imposent aux Français déjà naturalisés, lors de son émission, la nécessité d'obtenir une autorisation dans un certain délai, sous peine de la même mort civile.

L'art. 17, Cod. civ., attache, en second lieu, la perte de la qualité de Français à l'acceptation *non autorisée* de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger; d'où la conséquence que l'acceptation *autorisée* ne porte nulle atteinte au titre de Français.

Un décret du 6 avril 1809, dont l'exécution est également appelée dans l'ordonnance du roi du 10 avril 1823, détermine les devoirs des Français qui occupent, *avec ou sans autorisation*, des fonctions politiques, administratives ou judiciaires dans un pays étranger.

Selon les art. 20, 21 et 22, ils sont obligés, si la guerre éclate entre ce pays et la France, de rentrer en France dans les trois mois à compter du jour des premières hostilités.

Il résulte des art. 27 et 28 que, dans le cas même où il n'y a pas de guerre, ils doivent rentrer en France lorsqu'ils sont rappelés par un décret. Quant aux Français qui n'occupent aucune fonction chez l'étranger, ils ne sont tenus de rentrer en France qu'autant qu'ils sont *nominativement* rappelés (art. 29 et 30).

L'établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour, est, selon le même art. 17, Cod. civ., la troisième cause qui entraîne la perte de la qualité de Français.

La question de savoir si celui qui s'est établi en pays étranger a conservé ou non l'esprit de retour, est une question de fait entièrement abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Toutefois, l'esprit de retour doit se présumer : c'est à la partie intéressée, qui prétend qu'il n'existait pas, à détruire cette présomption par une preuve contraire. Cet article 17 déclare que les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour : concourant à la fortune publique, puisqu'il est une source de la fortune privée, le commerce a droit à des faveurs; il fallait donc conserver en tous lieux sa nationalité au commerçant français, et lui laisser le légitime espoir de revenir un jour dans sa patrie profiter d'un bien-être conquis par un exil volontaire.

L'art. 18, Cod. civ., autorise le Français qui a perdu sa qualité à la recouvrer, en rentrant en France avec l'autorisation du roi, et en déclarant qu'il veut s'y fixer et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française. Ce droit appartient, sans nul doute, à celui qui a perdu sa qualité dans les deuxième et troisième cas prévus par l'art. 17, c'est-à-dire en acceptant des fonctions publiques à l'étranger sans autorisation, ou bien en y faisant un établissement exclusif de l'esprit de retour. S'il

s'agit de la naturalisation acquise en pays étranger, il faut, en vertu de la distinction introduite par le décret de 1811, appliquer l'art. 18, Cod. civ., à celui qui a cessé d'être Français par une naturalisation *autorisée*, mais non pas à celui qui a cessé de l'être dans le cas contraire. Celui-ci, frappé de mort civile, ne peut recouvrer sa qualité qu'en se conformant à l'art. 12 précité dudit décret.

La femme française qui épouse un étranger devient étrangère (art. 19, Cod. civ.). Ce principe s'applique même à la femme mineure; la loi ne distingue pas : en effet, la perte de la nationalité doit toujours être, pour la femme, la conséquence forcée d'un mariage librement consenti. Au reste, la femme française devenue nécessairement étrangère par son mariage redeviendra nécessairement française par son veuvage, si, à l'époque où son mari meurt, elle réside sur le sol français : dans le cas contraire, elle devra rentrer en France avec l'autorisation du roi, et déclarer qu'elle veut s'y fixer (même art. 19).

L'art. 20, Cod. civ., déclare que ceux qui auront recouvré la qualité de Français dans le cas prévu par l'art. 10, dans ceux auxquels fait allusion l'art. 18, modifié comme je l'ai dit ci-dessus, et enfin, dans l'hypothèse de l'art. 19, ne pourront exercer que les droits ouverts à leur profit depuis cette époque. Cet article ne rappelle pas l'art. 9, d'où il faut conclure que l'individu auquel celui-ci s'applique ne subira pas le principe de la non-rétroactivité. L'on n'aper-

çoit pas très-bien, je l'avoue, le motif de cette exception; mais ici le silence de la loi est aussi puissant que pourrait l'être un texte exprès. Au reste, désormais, toute question de rétroactivité est oiseuse, puisque, en vertu de la loi de 1819, le Français même, qui reprend sa qualité perdue, aura recueilli les droits ouverts à son profit pendant qu'il était étranger. Quant au Français naturalisé sans autorisation, il ne faut pas oublier qu'il ne profite pas de cette loi et qu'il ne peut être relevé de toute déchéance que conformément à l'art. 12 du décret de 1811 : j'ai dit qu'il pouvait l'être rétroactivement.

L'art. 21, Cod. civ., prive encore de sa qualité le Français qui prend du service militaire à l'étranger, *sans autorisation*. Bien plus, l'art. 25 du décret de 1811 l'assimile à celui qui a été naturalisé *sans autorisation*, et le frappe des mêmes déchéances.

Le Français qui est au service militaire d'une puissance étrangère, *avec ou sans autorisation*, est soumis aux mêmes devoirs que j'ai rappelés ci-dessus, en parlant des Français investis, en pays étranger, de fonctions publiques (art. 6, 7, 8, 9; 23, 24, 25 et 26 du décret de 1809).

Les diverses parties du décret de 1809, citées jusqu'à présent, attachent toujours la mort civile à l'inaccomplissement des devoirs qu'elles prescrivent. Les art. 10 à 18 déterminent le mode de poursuite et d'instruction.

Bien plus, tout Français qui aura porté les armes contre la France sera puni de mort (art. 75, Cod. pén.).

L'art. 21, Cod. civ., prive enfin de la qualité de Français celui qui s'est affilié, *sans autorisation*, à une corporation militaire étrangère.

Dans ce cas, le Français, pour recouvrer sa qualité, doit remplir les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen, c'est-à-dire faire en France un stage de dix années. Il est tout naturel de penser que, pendant ce temps, sa position sera celle d'un étranger ordinaire, subissant la même épreuve.

Cette disposition était aussi faite pour le Français qui avait pris, sans y être autorisé, du service militaire à l'étranger; mais, comme celui-ci est assimilé, par l'art. 25 du décret de 1811, au Français naturalisé sans autorisation, il ne peut être relevé de toute déchéance que par des lettres de relief, en vertu de l'art. 12 du décret.

Section II. — *De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires.*

L'homme social qui manque à ses devoirs doit être privé de ses droits.

Cette privation est, en règle générale, l'effet d'une peine; mais cet effet varie suivant la nature de sa cause.

Or, il faut demander au Code pénal la nomen-

clature des peines, puis étudier l'influence de chacune d'elles sur les droits civils.

« Les peines en *matière criminelle* sont ou afflictives et infamantes, ou seulement infamantes (art. 6, Cod. pén.).

» Les peines afflictives et infamantes sont : 1° la mort; 2° les travaux forcés à perpétuité; 3° la déportation; 4° les travaux forcés à temps; 5° la détention; 6° la réclusion (art. 7, Cod. pén.).

» Les peines infamantes sont : 1° le bannissement; 2° la dégradation civique (art. 8, Cod. pén.).

» Les peines en *matière correctionnelle* sont : 1° l'emprisonnement, à temps, dans un lieu de correction ; 2° l'interdiction, à temps, de certains droits civiques, civils ou de famille; 3° l'amende (art. 9, Cod. pén.). »

L'emprisonnement correctionnel n'entraîne par lui-même la perte d'aucun droit. L'interdiction, à temps, de certains droits civiques, civils ou de famille, doit toujours être *prononcée* par le tribunal, dans les cas où elle est autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi (art. 43, Cod. pén.). Quant aux divers droits dont l'interdiction peut être prononcée en tout ou en partie, ils sont énumérés dans l'art. 42 du Code pénal.

Les travaux forcés à temps, la détention et la réclusion entraînent, comme conséquence qui n'a pas besoin d'être prononcée, l'interdiction légale des condamnés pendant toute la durée de leur peine.

Cette interdiction consiste dans la privation de l'*exercice* de tous les droits civils.

Le conseil de famille doit nommer au condamné un tuteur et un subrogé tuteur pour administrer ses biens. Pendant la durée de la peine, aucune somme, aucune provision, aucune portion de ses revenus ne peut lui être remise, sauf au tuteur, quand la peine est expirée, à lui rendre compte de son administration (art. 29, 30, 31, Cod. pén.).

L'interdiction légale ne se révèle sous cette forme qu'autant que le coupable a été condamné contradictoirement, et qu'il subit réellement sa peine.

Au contraire, si un individu accusé d'un crime est *contumax*, c'est-à-dire, s'il n'a pu être saisi ou s'il ne se présente pas dans les délais déterminés par l'art. 465, Cod. d'inst. crim., l'interdiction légale donne lieu au séquestre qui, selon ce même article, doit être apposé sur ses biens pendant l'instruction de la contumace.

Si le contumax est condamné à une peine entraînant l'interdiction légale, l'administration de l'enregistrement et des domaines, par qui le séquestre aura été apposé, continuera de régir les biens (art. 471, Cod. d'inst. crim.).

Si vingt ans s'écoulent, à compter de la date de la condamnation, sans que le contumax ait été pris, ou se soit présenté pour purger la contumace, il a prescrit sa peine, désormais il est libre; mais il ne peut plus demander à être jugé de nouveau, et l'effet moral de la condamnation est irrévocable. Dans ce cas, le compte du séquestre sera rendu au condamné lui-même : s'il était pris ou s'il se présentait dans les vingt ans, et qu'il fût de nouveau condamné, soit

à la même peine, soit à une autre peine entraînant aussi l'interdiction légale, le compte serait rendu au tuteur qui devrait alors lui être nommé (art. 471, 635, 641, Cod. d'inst. crim., 29, Cod. pén., combinés).

Il y a une peine qui n'entraîne pas l'interdiction légale, quand elle est prononcée contradictoirement : c'est le bannissement. Mais, si le condamné est contumax, il est bien certain que l'interdiction et le séquestre ont lieu, comme dans les cas ordinaires, avant et après la condamnation.

En outre de l'interdiction légale, les condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention et à la réclusion sont frappés de dégradation civique : la dégradation civique atteint aussi les condamnés au bannissement (art. 28, Cod. pén.).

La dégradation civique, qui est quelquefois une peine principale, consiste dans la privation de tous les droits politiques et de quelques droits civils seulement : les droits qu'elle enlève sont énumérés dans l'art. 34, Cod. pén.

Il y a donc quatre peines dont la dégradation civique est la conséquence nécessaire, et, chose remarquable, ce sont des peines temporaires qui produisent cette conséquence perpétuelle. L'on conçoit très-bien, au reste, l'indignité qui s'attache pour toujours (sauf la réhabilitation, art. 633, inst. crim.) aux hommes souillés de certains crimes.

La dégradation civique commence, lorsque la condamnation est contradictoire, le jour où celle-ci est devenue irrévocable, c'est-à-dire après l'expiration du délai du pourvoi en cassation, ou le jour

même du rejet du pourvoi, s'il a été formé. Quand la condamnation a été prononcée par contumace, la dégradation civique commence le jour de l'exécution par effigie : cette exécution a lieu au moyen d'un extrait du jugement affiché à un poteau planté sur l'une des places publiques de la ville chef-lieu de l'arrondissement où le crime a été commis (art. 28, Cod. pén., et 472, inst. crim.).

L'interdiction légale, quand elle est le résultat d'une condamnation contradictoire, commence, sans doute, avec la dégradation civique : si l'accusé est contumax, l'on a vu quelles règles particulières devaient être appliquées en vertu de l'art. 465 du Code d'instruction criminelle.

La condamnation à la mort naturelle, aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation entraîne la mort civile (art. 23 et 24, Cod. civ., et 18, Cod. pén., combinés).

La mort civile n'est pas une peine, mais la conséquence d'une peine. Les décrets de 1809 et 1811, cités précédemment, prononcent seuls la mort civile comme peine principale.

La meilleure définition de la mort civile se trouve dans l'art. 22 du Code civil lui-même ; c'est la privation de toute participation aux droits civils. Le mort civil peut conserver son existence physique, mais il est moralement mort : retranché du nombre des membres de la société civile, il est, aux yeux de celle-ci, comme s'il n'était pas ; il a perdu non-seulement l'exercice, mais la jouissance de tous ses droits.

Il ne faut pas s'étonner que la loi ait fait de la mort civile une conséquence de la condamnation à la mort naturelle. Tout intérêt matériel finit, sans doute, avec la vie physique : *mors omnia solvit.* Mais la loi a voulu priver le condamné du droit de transmettre par testament : elle a voulu, d'ailleurs, que la mort civile le suivît en tous lieux, s'il parvenait à s'évader après la condamnation, ou bien si, condamné par contumace, il ne se présentait pas dans le délai de faveur qui lui est accordé.

L'art. 25, Cod. civ., expose tous les effets qui constituent la mort civile; il décrit une véritable fiction dont les diverses parties sont quelquefois assez incohérentes.

Ainsi, le mort civil perd la *propriété* même de *tous* les biens qu'il possédait. La loi le suppose mort naturellement : que lui importe son existence physique? Elle ne lui laisse pas même, pour la soutenir, la plus petite portion de sa fortune; elle est dévolue toute entière à ses héritiers, mais à ses héritiers légitimes ou *ab intestat*, c'est-à-dire aux parents désignés par la loi, pour les cas où un défunt ne laisse pas de testament. En effet, le mort civil ne peut pas en laisser; l'art. 25 considère expressément comme droit civil la faculté de transmettre à ce titre. Peu importe que le mort civil eût exprimé, dans la forme légale, ses dernières volontés à une époque de capacité; elles ont nécessairement besoin de la protection d'une double époque : celle où elles furent exprimées, et celle où elles devraient être exécutées.

Le mort civil ne peut recueillir aucune succession *ab intestat.* Il ne peut transmettre, même à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite. Quels biens peut-il donc acquérir, lui, mort civil? Il peut en acquérir par les modes que j'ai rattachés ci-dessus au droit naturel ou droit des gens primitif, par les contrats de vente, d'échange, de louage, par les opérations commerciales de toute nature; et ici, on le voit, la loi ne le suppose plus mort naturellement, mais naturellement vivant.

Mais que deviennent, à son décès, les biens qu'il a acquis par ces voies, s'il ne peut pas même les transmettre *ab intestat?* L'art. 33, Cod. civ., les attribue à l'état par droit de déshérence. Voilà donc le mort civil qui, tout à la fois, est capable et incapable d'avoir des héritiers légitimes, selon qu'il s'agit de biens possédés au moment où la mort civile le frappe, ou de biens acquis plus tard et possédés au moment de sa mort naturelle. Etrange contradiction dans la loi! En vain voudrait-on la faire disparaître en voyant dans l'art. 57 de la Charte, qui abolit la confiscation, une abrogation implicite de l'art. 33, Cod. civ.; ce dernier texte ne prononce pas une confiscation, il enlève seulement à un mort civil le droit civil de transmettre même *ab intestat.*

Le mort civil ne peut rien recevoir par testament, ce serait jouir d'un droit civil. D'après le même motif, il ne peut transmettre ni recevoir par donation entre vifs; l'art. 25 fait ainsi de la donation entre vifs un contrat tout civil : en effet, l'on verra, plus

tard, que la donation entre vifs réside dans des formes solennelles créées par la loi civile, et qui lui ont fait perdre son caractère primitif de contrat du droit des gens.

Toutefois, ces formes ne sont obligatoires que pour les donations d'immeubles; elles sont facultatives pour les donations de meubles qui peuvent très-bien être transmis de la main à la main. Quelle puissance pourrait donc empêcher le mort civil, qui voudra ne rien demander ou ne rien devoir aux solennités civiles, de faire ou de recevoir de tels dons manuels ?

Au reste, l'art. 25 lui permet de recevoir, soit par acte de donation, soit par testament, des sommes ou pensions à titre d'aliments. Voilà donc un véritable droit civil qui lui est conservé; ici la loi n'ose plus nier l'existence physique du mort civil, et cependant elle la niait tout à l'heure en lui enlevant la propriété de *tous ses biens!*

De cette exception introduite dans le système général de la loi, il faut conclure que si le mort civil a des parents qui, selon les art. 205, 206 et 207, lui doivent des aliments, et qu'il soit dans le besoin, il pourra en réclamer : réciproquement, il pourra être tenu d'en fournir.

Le mort civil ne peut être tuteur, curateur, subrogé tuteur, conseil judiciaire, membre d'un conseil de famille; ce sont là des droits et des devoirs qui supposent qu'un individu est membre de la société civile.

Il ne peut être témoin dans un acte authentique,

car ce droit est plus qu'un droit civil, c'est un droit politique. Il ne peut être témoin en justice : frappé d'infamie, comment serait-il admis à prêter serment? Néanmoins il paraît qu'il pourrait être appelé devant une cour d'assises, pour donner de simples renseignements, en vertu du pouvoir discrétionnaire du président.

Le mort civil peut avoir besoin de la justice civile pour la protection des intérêts qu'il lui est permis de se créer par les modes du droit des gens ; mais il ne procédera pas par lui-même devant les tribunaux, il devra recourir au ministère d'un curateur spécial nommé par le tribunal où l'action est portée : ressource bien transparente pour voiler la réalité et la concilier avec la fiction !

Le mort civil ne peut se marier : si, donc, il se marie, et qu'au moment du mariage l'autre époux connaisse son état, ce sera un commerce libre et non pas une union légitime : les enfants seront naturels. Mais si l'époux du mort civilement s'unit à lui de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de son état, le mariage produira ses effets civils (art. 202, Cod. civ.) à l'égard de l'époux trompé et en faveur des enfants. Ceux-ci succéderont à cet époux qui, à son tour, leur succédera. Entre ces enfants et les parents du mort civil, le droit de succession sera également réciproque, car les enfants possèdent une légitimité qui est indivisible; ils ont la capacité de recueillir, et les parents du mort civil ont celle de transmettre.

Mais les enfants ne succéderont pas au mort civil, malgré leur légitimité; ils ont, il est vrai, la capa-

cité de recueillir; mais, vis-à-vis du mort civil, elle est paralysée par l'incapacité de transmettre dont celui-ci est frappé en vertu de l'art. 33 qui attribue à l'état seul, par droit de déshérence, les biens acquis depuis la mort civile encourue.

Le mariage contracté avant la mort civile est dissous *quant à ses effets civils*. Ainsi, plus de puissance maritale, plus de puissance paternelle, plus de légitimité d'enfants nouvellement conçus. Le conjoint du mort civil redevient libre, il peut se remarier, car ces mots, *quant à ses effets civils*, annoncent seulement, selon les termes de l'exposé des motifs, que la loi a considéré le mariage « dans ses rapports civils, abstraction faite de toute idée religieuse. »

Néanmoins on peut lire dans le recueil de Sirey, tome 19, partie 2me, page 117, une consultation signée par Toullier et par d'autres avocats du barreau de Rennes, où la thèse contraire est soutenue.

De nobles sympathies pour les infortunes de l'émigration paraissent avoir inspiré les jurisconsultes bretons, dont l'opinion est restée isolée jusqu'à ce jour.

En vain prétendent-ils qu'il y a dans le mariage un lien naturel qui subsiste après la mort civile et forme obstacle à tout lien nouveau : il est incontestable que le lien naturel reçoit toute sa puissance de la loi, qu'il n'est *civilement* obligatoire que tant qu'il conserve son caractère *civil*, et qu'abandonné à lui-même, dès l'instant où la mort civile commence, il n'a plus ni solidité ni durée en dehors de la libre volonté des deux époux.

En vain invoquent-ils l'ancienne jurisprudence : le Code civil est trop explicite, sur ce point, pour qu'on ne le considère pas comme source d'un droit nouveau.

Je m'étonne toutefois que la loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce, n'ait pas songé à abolir également la dissolution du mariage par la mort civile. Cette cause ne conduit-elle pas, en effet, à un véritable divorce? Un tel ordre de choses n'en a-t-il pas toute la laideur et tous les inconvénients ?

Enfin, l'époux et les héritiers du mort civil peuvent exercer respectivement les droits et actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

Il faut remarquer que l'art. 25 est énonciatif et non pas limitatif : dans l'ordre civil, les art. 617, 625, 1865 et 2003, Cod. civ., enlèvent au mort civil d'autres droits, et l'art. 905, Cod. proc., lui est applicable.

Il ne faut pas croire qu'il ne puisse jamais acquérir une hypothèque; l'hypothèque appartient sans doute au droit civil, mais il peut, comme on l'a vu, se créer des intérêts matériels ; il peut donc les protéger par ce genre de garantie, qui n'a plus alors qu'une physionomie accessoire.

Dans l'ordre politique, il est évidemment déchu de toute espèce de droits.

Il conserve les droits publics, car il ne les tient pas de la loi, et elle ne saurait les lui enlever; il jouit donc toujours de la liberté de conscience, de la liberté de publier ses opinions, de l'égalité devant la loi : bien plus, celle-ci punirait tout attentat contre

sa personne ou sa fortune ; au reste, elle le punirait lui-même s'il commettait quelque délit nouveau : dans tous ces cas, la fiction ne saurait subsister sans être inique ou dangereuse ; mais, en résumé, qu'est-ce qu'une telle fiction ?

Telle est la mort civile : quand commence-t-elle ?

Dans les cas où, selon les décrets précités de 1811 et de 1809, elle est une peine principale, elle commence le jour où s'est accompli le fait qui la produit. Quand elle est la conséquence d'une condamnation, il faut distinguer entre les condamnations contradictoires et celles qui sont prononcées par contumace.

Si la condamnation a été contradictoire, et que le condamné ne se soit pas évadé, il y a exécution réelle ; si le condamné s'évade avant l'exécution réelle, il y a exécution par effigie. La mort civile commence *à compter du jour* de l'une ou de l'autre exécution (art. 26, Cod. civ.).

Que signifient ces mots : *à compter du jour ?* Ils ne peuvent vouloir dire que la mort civile datera seulement de la fin du jour ; comment penser, en effet, que la loi ait voulu conserver ses droits, après une exécution publique, à celui que cette exécution même signale à la société comme ne lui appartenant plus ? Mais faut-il partir du commencement du jour ou du moment même de l'exécution ? L'art. 26 dit *: du jour*. En vain fait-on observer que l'effet datant du commencement du jour précédera la cause : cela est vrai si l'on voit la cause dans l'exécution, cela cesse d'être vrai si on la voit dans la condamnation.

Or, entre ces deux limites extrêmes, la loi a bien pu choisir un point de départ arbitraire, et l'art. 26, si précis dans son texte, n'a rien d'illogique.

La mort civile commençant avec le jour de l'exécution, quand y a-t-il exécution ?

La condamnation à la peine de mort est exécutée réellement par la mort naturelle donnée au condamné d'après le mode prescrit par l'art. 12, Cod. pén.

La condamnation aux travaux forcés à perpétuité est exécutée réellement par l'exposition du condamné, selon l'art. 22 du même Code. D'après cet article, les mineurs de 18 ans et les septuagénaires ne pouvant être exposés, l'exécution doit, sans doute, être considérée comme faite le jour où ils sont mis à la chaîne des forçats.

La condamnation à la déportation ne saurait être réputée exécutée par l'affiche dont parle l'art. 36, Cod. pén., ainsi que des auteurs le soutiennent : en effet, cette affiche, exigée aussi en cas de condamnation à mort et aux travaux forcés à perpétuité, ne suffit pas dans ces hypothèses ; d'ailleurs, l'affiche n'agit en rien sur la personne du condamné; la mort civile ne peut donc courir que du jour où celui-ci, réellement transporté hors du territoire continental, est arrivé au lieu de sa destination. Au reste, la déportation pouvant désormais légalement consister (art. 17, Cod. pén.) en une détention perpétuelle, la mort civile courra, en cas de détention, du jour où le condamné aura été écroué dans la maison où il doit être détenu.

Quant à l'exécution par effigie, elle a lieu dans la forme que j'ai eu déjà l'occasion d'indiquer, et qui est prescrite par l'art. 472, Cod. d'inst. crim.

Jusqu'au jour de l'exécution réelle ou par effigie, celui qui a été condamné contradictoirement peut recueillir des biens par succession et recevoir par donation. Ses enfants conçus avant ce jour sont légitimes.

Il peut même aliéner ses biens; mais, comme il lui serait facile, par des aliénations, de paralyser d'avance les effets de la mort civile et de déjouer les prévisions de la loi, les aliénations qu'il aura faites pourront être déclarées simulées et faites en fraude des droits de ceux à qui sa mort civile devait attribuer ses biens.

Si le condamné obtient sa grâce avant l'exécution, ou si, avant cette époque, sa peine est commuée en une peine n'emportant plus la mort civile, la mort civile n'aura jamais existé. Si la grâce ou la commutation n'a lieu qu'après l'exécution, la mort civile ne cesse que pour l'avenir, et les effets qu'elle a produits dans le temps intermédiaire sont irrévocables. Ainsi, les biens dévolus aux héritiers leur resteront, le mariage aura été rompu, et si le conjoint du mort civil ne s'est pas remarié, celui-ci, revenu à la vie civile, devra se marier une seconde fois avec son propre conjoint, pour rendre à son mariage sa validité primitive.

Lorsqu'une condamnation entraînant la mort civile a été prononcée par contumace, il faut, quant à l'action de la mort civile, distinguer trois périodes :

la première comprend les cinq ans qui suivent l'exécution par effigie ; la seconde, les quinze ans qui s'écoulent après l'expiration des cinq ans; la troisième, le temps qui suit les vingt années.

Pendant la première période, le condamné peut se représenter sans avoir été atteint par la mort civile (art. 27, Cod. civ.); mais, provisoirement, il est privé de *l'exercice* de ses droits civils; le séquestre apposé sur ses biens, en vertu de l'art. 465, Cod. d'inst. crim., est maintenu, et la régie des domaines administre les biens ainsi séquestrés (art. 28, Cod. civ.). Si le condamné meurt pendant ce délai sans s'être représenté ou sans avoir été pris, il meurt dans *l'intégrité de ses droits* (art. 31, Cod. civ.). Son décès imprime donc aux actes passés une validité rétroactive. Si le condamné se présente ou est pris dans les cinq ans, le jugement par contumace est *anéanti de plein droit* (art. 29, Cod. civ.), d'où la nouvelle conséquence que les actes faits par le contumax acquièrent une validité parfaite. Il vit alors et il a toujours vécu dans l'intégrité de ses droits, de même que, dans le cas de l'art. 31, il meurt après avoir toujours vécu dans cette intégrité.

La nullité des actes ne peut donc pas être demandée pendant les cinq ans, car elle est subordonnée à une condition suspensive : telle est l'économie évidente de la loi.

L'accusé qui se présente, ou qui est pris dans les cinq ans, n'étant plus et n'ayant jamais été un condamné, est remis en possession de ses biens (capitaux et revenus d'après décision du ministre des

finances du 20 avril 1810). Il est jugé de nouveau, et, s'il est encore frappé d'une condamnation qui entraîne la mort civile, elle ne commencera qu'à compter du jour de l'exécution du second jugement (art. 29, Cod. civ.). Si les cinq ans expirent sans que le condamné reparaisse ou soit saisi, le délai de grâce est expiré, l'interdiction légale a eu lieu pendant ce délai, et, dans le passé, elle est un fait accompli. A l'instant même, et pour l'avenir, la mort civile commence, pleine, entière. La succession du condamné est donc ouverte au profit des héritiers légitimes de cette époque, et la régie des domaines doit leur délivrer les biens. L'art. 471, Cod. d'inst. cr., dit, il est vrai, que le séquestre est maintenu, en règle générale, jusqu'à ce que la condamnation par contumace soit devenue irrévocable, c'est-à-dire pendant vingt ans; mais cet article ne peut être entendu en ce sens que dans les cas où il s'agit d'une condamnation n'entraînant pas la mort civile; car, dans le cas contraire, la succession du mort civil est ouverte après cinq ans, et la continuation du séquestre serait la négation irrationnelle du droit des héritiers.

Le principe général en vertu duquel la mort civile commence à l'expiration des cinq ans ne s'applique pas au mariage. L'art. 227, Cod. civ., dispose, en effet, que le mariage n'est dissous par la mort civile qu'autant qu'elle résulte d'une condamnation *devenue définitive* : or, les condamnations par contumace, définitives après cinq ans, sous ce point de vue relatif que le délai de grâce est passé, ne devien-

nent définitives, dans un sens absolu, qu'après vingt ans (art. 635 et 641, Cod. d'inst. crim.); car, alors seulement, le condamné ne peut plus se présenter pour se faire juger de nouveau; donc le mariage n'est dissous qu'après ce temps où désormais celui-ci ne saurait rentrer dans la vie civile. Les intérêts sociaux ne peuvent que s'applaudir de cette spécialité exceptionnelle.

Si le condamné frappé de mort civile dès l'expiration des cinq ans se représente ou est pris dans les quinze ans qui suivent, et qu'il soit absous par le nouveau jugement, ou condamné à une peine n'emportant plus la mort civile, il rentre dans la plénitude de ses droits civils *pour l'avenir*, et à compter du jour où il reparaît en justice. Tel est le vœu formel de l'art. 30, Cod. civ.

Mais, si le premier jugement est confirmé, ou que le second prononce une peine qui entraîne encore la mort civile, celle-ci aura-t-elle été interrompue pendant le temps qui se sera écoulé entre le retour du condamné et l'exécution du nouveau jugement? Non: l'art. 30, Cod. civ., ne dit rien de semblable, et l'induction qu'il faut tirer de son silence est loin d'être contrariée, comme le prétend M. Duranton, n° 238, par l'art. 476, Cod. d'inst. crim. Cet article dit, il est vrai, en termes généraux, que la mort civile cesse dès le jour de la comparution de l'accusé en justice; mais il renferme ces mots remarquables : *conformément à l'art.* 30, *Cod. civ.*; en sorte que la doctrine des deux textes est tout à fait la même, et que l'un et l'autre font allusion au cas unique où le second

jugement prononce une absolution ou une peine qui n'entraîne plus la mort civile. En effet, dans le cas contraire, pourquoi restituer ses droits au condamné pendant le temps qui sépare son retour de sa nouvelle condamnation ? N'est-ce pas après le délai de grâce qu'il a reparu ? Le second jugement ne vient-il pas se lier au premier ? Les époques ne viennent-elles pas se confondre comme les condamnations ? Ne voit-on pas, enfin, que si, à la mort civile qui commence nécessairement dès l'expiration des cinq ans, on fait succéder la vie civile dès le retour du condamné, et que cette vie civile doive ensuite faire place à la mort civile quand le second jugement aura été exécuté, le jurisconsulte apporte une bizarrerie de plus dans un système où c'est bien assez d'admettre et de respecter celles que le législateur a formellement proclamées lui-même ?

Si le condamné meurt avant d'avoir été jugé de nouveau, il meurt en état de mort civile. Un jugement pouvait seul le relever de la déchéance dont il s'est laissé frapper par cinq ans d'absence volontaire. Ainsi le veut encore l'inflexibilité des textes.

Il faut remarquer, enfin, qu'il n'est pas vraisemblable que l'art. 30, en parlant du cas où le condamné est *absous*, ait voulu faire une différence entre l'*absolution* qui suppose que le fait incriminé n'est pas prévu par la loi pénale, et qui est prononcée par la cour même, et l'*acquittement* que prononce le président seul quand l'accusé n'est pas coupable du fait. Dans l'une et l'autre hypothèse, la vie civile ne recommence qu'avec le retour du condamné.

Dans la troisième période, qui commence après les vingt ans depuis la condamnation par contumace, le condamné ne peut plus être pris ni jugé : il a prescrit sa peine, il est libre, mais la mort civile s'est attachée à lui dès l'expiration des cinq ans, et désormais elle ne le quittera plus.



TITRE II.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

J'ai défini l'état civil (Introduction) une réunion de qualités attribuées à un individu par la loi civile, et qui sont pour lui la source de certains droits et de certains devoirs. J'ai dit comment les individus, tous égaux dans l'ordre naturel, étaient inégaux dans l'ordre civil, c'est-à-dire, avaient des droits et des devoirs différents. Une première division des individus a été expliquée; j'ai montré les uns jouissant, comme Français, de tous les droits civils; les autres, comme étrangers, ont apparu avec une position exceptionnelle. J'ai développé le corollaire de cette première division, c'est-à-dire, l'influence exercée sur les droits civils par la perte de la qualité de Français, et par certaines condamnations judiciaires.

Il semble donc que le moment soit venu d'étudier les diverses positions civiles réservées aux Français par la loi de leur patrie, et dès lors la constitution de la famille à laquelle elles viennent toutes se rattacher; d'exposer ses bases, de développer ses principes nombreux et variés, les droits et les devoirs du mari, ceux de la femme, ceux du père, de la

mère et des enfants, et de révéler, enfin, avec tous ses détails, l'importante distinction des mineurs et des majeurs.

Mais trois grands événements, la naissance, le mariage et la mort, étendent leur vaste influence sur les destinées civiles des individus : la loi s'arrête ici pour considérer ces événements en eux-mêmes comme de simples faits qui auront plus tard leur fécondité, et qui, tout d'abord, doivent être l'objet de ses plus sérieuses préoccupations.

Ainsi, la naissance fait prendre place à un individu dans une famille à l'exclusion des autres familles; le mariage est la source de la légitimité; l'homme meurt, et d'autres droits commencent quand ceux du défunt finissent; or, c'est en songeant à de tels résultats que la loi organise un système pour s'assurer que ces événements seront recueillis, que leur date précise sera constatée, et qu'ils échapperont aux incertitudes que la moindre incurie dans le temps présent réserverait pour l'avenir.

Voilà donc la loi conduite par l'ordre logique des idées aux *actes de l'état civil*, c'est-à-dire, aux actes destinés à constater solennellement les naissances, les mariages et les décès, et dont le nom s'explique par l'influence même de ces faits sur l'état civil des hommes.

Il y a des points préliminaires à l'égard desquels le Code civil garde le silence et qu'il faut explorer.

Sous la législation ancienne, la société civile se confondait avec la société religieuse; l'homme ne s'isolait pas du chrétien. Alors, les actes de l'état

civil étaient reçus par les curés des paroisses; le fait matériel était constaté en même temps que la cérémonie religieuse; le prêtre accomplissait un double ministère.

La constitution du 3 septembre 1791 sépara la mission du ministre de la loi de celle du ministre de Dieu : elle décida qu'il serait établi pour tous les habitants, sans distinction, un mode purement civil de constater les naissances, les mariages et les décès (tit. 2, art. 7).

L'assemblée législative organisa ce principe par un décret du 20 septembre 1792, qui chargea les municipalités du soin des actes devant accomplir le but proposé. Celles-ci élisaient par la voie du scrutin un ou plusieurs de leurs membres pour remplir les fonctions d'officier de l'état civil (tit. 1, art. 1, 2, 3 et 4). Ce décret respecta toutefois les croyances religieuses en laissant à chacun la liberté de faire consacrer les naissances, mariages et décès par les cérémonies d'un culte (tit. 6, art. 8).

Une loi du 7 vendémiaire an 4 confirma et corrobora l'indépendance de l'ordre civil (art. 20 et 21).

La loi du 28 pluviôse an 8, sans rien changer à ces principes, confia directement aux maires et adjoints les fonctions exercées par les élus des municipalités (art. 13).

Enfin, dans le concordat du 18 germinal an 10, il fut de nouveau reconnu que les registres tenus par les ministres du culte, étant uniquement relatifs à l'administration des sacrements, ne pourraient jamais suppléer les registres civils (art. 55).

C'est cette législation que le Code civil a trouvée et laissée en vigueur.

Toutefois, une ordonnance du roi du 23 mars 1816 détermine des règles particulières pour les actes destinés à constater l'état civil des membres de la famille royale.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Les actes de l'état civil, comme tous les actes possibles, doivent être datés; la date doit même mentionner l'heure. Toutes les personnes qui y sont dénommées doivent être désignées par leurs prénoms, nom, âge, profession et domicile, afin que leur individualité soit nettement signalée, et qu'elles ne puissent pas être confondues avec d'autres (art. 34).

Les officiers de l'état civil ne doivent pas insérer dans les actes qu'ils sont appelés à recevoir ce que la loi défend de déclarer (art. 35). Ainsi, ils ne devraient pas insérer le nom du père auquel les comparants attribueraient, sans son aveu, un enfant né d'une femme non mariée; car, hors mariage, le père est incertain : une telle mention pourrait même donner lieu à une demande en dommages-intérêts de la part de celui dont elle aurait blessé la réputation ou compromis la position sociale.

Ils ne devraient pas non plus insérer la déclaration attribuant l'enfant d'une femme mariée à un autre

père que le mari de la mère, car celui-ci est, aux yeux de la loi, le père nécessaire de l'enfant; d'ailleurs, une telle déclaration imprimerait à celui-ci le caractère d'enfant adultérin, et l'adultérinité ne peut jamais être volontairement proclamée (art. 335, Cod. civ.).

Mais les officiers de l'état civil doivent accueillir tout ce qui doit être déclaré. Ainsi, ils ne pourraient pas révoquer en doute le mariage dont on leur déclare qu'un enfant est né, ou prétendre que l'enfant n'appartient pas au mari de la mère. Leur ministère est passif, ils n'ont aucune juridiction : si les déclarations qui leur sont faites sont fausses, les parties intéressées réclameront devant l'autorité judiciaire compétente.

Néanmoins, la raison indique qu'ils peuvent rechercher si les déclarants et les témoins ne se présentent pas sous une fausse qualité; s'assurer, par exemple, de l'identité de celui qui se marie, qui déclare la naissance d'un enfant né de son mariage, ou qui reconnaît un enfant naturel : il ne s'agit plus, dans ces cas, de se rendre juge d'une question d'état, d'apprécier les éléments qui doivent concourir à une solution délicate, mais de constater un fait physique, et de déjouer, par une sage surveillance, des usurpations grossières.

Le Code civil garde le silence sur le point de savoir si les officiers de l'état civil peuvent recevoir les actes qui les intéressent; les art. 8 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, contiennent à cet égard des prohibitions relatives aux notaires.

Or, ces prohibitions sont une exception au droit commun, et une telle exception ne saurait être étendue hors de sa spécialité. Nulle loi ne défend donc à l'officier de l'état civil de constater la naissance, le mariage ou le décès des personnes de sa famille, même de ses propres enfants. Mais il ne pourrait célébrer et constater son propre mariage; dans ce cas, il n'y aurait point d'officier distinct des parties contractantes; il y aurait absence d'une solennité rendue nécessaire par la nature même des choses, et le mariage, privé d'un de ses éléments constitutifs, n'existerait pas.

Lorsque les parties intéressées ne sont pas obligées de comparaître en personne, comme, par exemple, pour la reconnaissance d'un enfant naturel, elles peuvent se faire représenter par un mandataire. La loi exige alors que la procuration présentée à l'officier de l'état civil soit spéciale et authentique, afin que nul doute ne s'élève sur la véritable portée et sur la sincérité des intentions de celui qui a fait choix d'un mandataire (art. 36). Je pense donc que l'officier de l'état civil a le droit de refuser son ministère, si cette condition vitale prescrite par la loi n'est pas accomplie.

Les témoins produits aux actes de l'état civil, et dont le nombre varie suivant l'espèce de l'acte, doivent être du sexe masculin (art. 37). Les témoins concourent avec le magistrat à imprimer à l'acte son caractère d'authenticité, ils participent dès lors à l'exercice de la puissance publique, et c'est là une prérogative dont les femmes sont exclues. Mais on

verra que les femmes peuvent être déclarantes ; il ne faut pas confondre, en effet, les personnes qui viennent révéler l'événement qu'il s'agit de constater avec celles qui assistent le magistrat dans la rédaction même de l'acte.

Les témoins doivent être majeurs; ils peuvent être parents des parties intéressées, et celles-ci ont le droit de les choisir (art. 37). Il s'agit, sans doute, d'une solennité qui touche à l'ordre public; mais les plus nobles suceptibilités de la famille et son propre intérêt s'y associent trop bien pour que son choix ou son témoignage personnel inspire la moindre défiance.

Le principe qui admet les parents à être témoins dans les actes de l'état civil est tout spécial : l'article 10 de la loi sur le notariat applique aux actes notariés un principe contraire.

Il faut conclure de la latitude extrême laissée sur le choix et la qualité des témoins qui doivent assister l'officier de l'état civil, que des étrangers ont le droit d'accomplir cette mission. La loi ne pouvait répudier leur témoignage sans s'exposer à repousser des amis ou des membres mêmes de la famille, et cette considération a dû faire fléchir la règle générale en vertu de laquelle les étrangers sont privés de toute participation à la puissance publique en France.

Cette règle reprend son empire quand il s'agit d'actes notariés : alors les témoins doivent être citoyens français (art. 9 de la loi sur le notariat).

Tout acte de l'état civil, immédiatement après sa

rédaction, doit être lu aux parties et aux témoins, et il y sera fait mention de l'accomplissement de cette formalité (art. 38).

L'art. 39 exige que les actes soient signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et les témoins, ou que mention soit faite de la cause qui empêche les comparants *et les témoins* de signer. Il n'est donc pas indispensable que les témoins sachent signer; le contraire est écrit pour les actes notariés dans l'art. 9 de la loi sur le notariat. Cette différence est une nouvelle preuve du désir de la loi de ne jamais exclure le témoignage des amis ou des membres de la famille.

Les actes de l'état civil doivent être inscrits, dans chaque commune, sur *un* ou *plusieurs* registres tenus doubles (art. 40).

La loi a dû nécessairement laisser à l'administration supérieure le soin de décider si deux registres suffisent, ou s'il en faut six, c'est-à-dire, deux pour chaque espèce d'acte. Il est évident que ce point dépend de la population des communes. Quand elle est considérable, il importe que les registres soient au nombre de six, afin que les recherches soient plus faciles et plus promptes. Dans tous les cas, un registre n'est jamais la copie d'un autre : tous doivent avoir une forme et une valeur originales.

Les registres de l'état civil doivent être cotés, c'est-à-dire paginés, afin qu'un feuillet ne puisse pas être supprimé sans que l'interruption dans la série des pages ne révèle la fraude. Chaque feuillet doit, en outre, être paraphé par le président ou par un

juge du tribunal de l'arrondissement, pour que le feuillet supprimé ne puisse pas être trop facilement remplacé, l'imitation du paraphe étant un obstacle matériel et constituant en outre le crime de faux (art. 41).

Les actes seront inscrits sur les registres, de suite, sans aucun blanc. Il n'y sera rien écrit par abréviation, et aucune date ne sera mise en chiffres. Les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte (art. 42). Il est prudent de raturer par un trait de plume qui laisse lire les mots qu'il recouvre, et d'indiquer dans l'approuvé le nombre de ces mots, afin que plus tard personne ne puisse l'augmenter arbitrairement.

Les registres doivent être clos et arrêtés par l'officier de l'état civil à la fin de chaque année : dans le cours du mois suivant, l'un des doubles sera déposé aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal de l'arrondissement (art. 43). Cette mesure, prescrite dans un but de conservation, était réclamée impérieusement par l'intérêt des familles.

C'est aussi au greffe que doivent être déposées avec le double des registres les procurations et autres pièces annexées aux actes mêmes. Elles doivent être paraphées par la personne qui les aura produites et par l'officier de l'état civil (art. 44).

L'art. 45, Cod. civ., proclame la publicité des registres de l'état civil. Les éléments dont se compose l'état civil des individus intéressent la société entière; le livre qui les renferme doit donc être con-

stamment ouvert pour tous. Or, tandis que les parties intéressées en nom direct, leurs héritiers ou ayant droit peuvent seuls prendre connaissance des actes reçus par les notaires (art. 23 de la loi du 25 ventôse an 11), toute personne peut se faire délivrer des extraits des registres de l'état civil par leurs dépositaires, sans que ceux-ci aient le droit de s'enquérir de l'usage auquel on les destine.

Ces dépositaires sont les maires et les greffiers. Un avis du conseil d'état du 2 juillet 1807 refuse formellement ce titre aux secrétaires de mairie (1).

Les extraits doivent être *légalisés* : en d'autres termes, la sincérité de la signature du dépositaire doit être attestée par le président du tribunal de l'arrondissement ou par le juge qui le remplace. Il résulte des termes généraux de l'art. 45 que cette légalisation est nécessaire dans tous les cas, et non pas seulement quand les extraits doivent être produits hors de l'arrondissement où ils sont délivrés. L'on invoque en vain le principe contraire consacré part l'art. 28 de la loi sur le notariat : les actes notariés et les actes de l'état civil sont évidemment des spécialités qu'il ne faut pas confondre.

Les extraits délivrés conformes aux registres et légalisés font foi, comme les registres mêmes, jusqu'à inscription de faux, c'est-à-dire, sont réputés

(1) Sur les droits à percevoir par les dépositaires des registres, pour *extraits délivrés*, voy. un décret du 12 juillet 1807; voy. aussi un décret du 20 juillet de la même année, qui ordonne la confection de tables annuelles annexées à chacun des doubles registres, et de tables décennales à triple expédition.

l'expression de la vérité jusqu'à ce que la fausseté de leurs énonciations ait été démontrée au moyen d'une procédure très-grave que l'on appelle précisément *inscription de faux*.

Toutefois, ce principe ne s'applique qu'aux énonciations *substantielles :* telles sont celles dont l'acte est destiné, par sa nature et par le but spécial de son institution, à révéler la sincérité. Il ne s'applique pas à celles qui ne sont qu'*accidentelles*, c'est-à-dire dont la preuve ne peut pas se puiser dans l'acte même.

Ici la loi place des idées générales d'un autre ordre.

Elle suppose qu'il n'a pas existé de registres dans le lieu et à l'époque où il est allégué que des actes de l'état civil auraient dû être rédigés, ou bien que les registres qui existaient alors ont été perdus. En présence de ces faits, elle substitue la tolérance à la rigueur, et offre des moyens exceptionnels de prouver les naissances, les mariages et les décès (art. 46).

En prévoyant deux hypothèses seulement, la loi a, sans doute, laissé à l'interprétation le soin de découvrir les hypothèses analogues.

Or, l'analogie est manifeste quand il n'existe que des registres sans ordre de date et tenus de manière à prouver, par leur seule inspection, qu'ils ont été faits après coup, ou bien encore lorsque, dans des registres existants, il a été égaré ou arraché des feuilles qui se rapportent à l'époque à laquelle on soutient qu'un acte de l'état civil a été inscrit. Dans le premier

cas, en effet, les registres sont sans force légale; dans le second, la perte d'une feuille équivaut, pour la partie intéressée, à la perte de tout le registre.

Quand une des hypothèses que je viens d'indiquer est alléguée, il faut la prouver : or, la preuve peut être faite tant par titres que par témoins.

Dès que cette preuve préalable est acquise, les naissances, mariages et décès peuvent être prouvés eux-mêmes par témoins, et par les registres et papiers émanés des pères et mères pourvu qu'ils soient *décédés*. En effet, s'ils vivaient encore, il serait à craindre qu'ils ne créassent des titres pour le besoin du moment.

Les juges pourraient, au reste, avoir égard à d'autres papiers que ceux qui émanent des pères et mères décédés; la loi ne saurait avoir été conçue dans un sens exclusif: elle signale les titres qui auront certainement le plus de puissance; mais, dès qu'elle admet la preuve par témoins, la plus suspecte de toutes, pourquoi tout titre public ou privé qui n'émane pas des père et mère vivants ne pourrait-il pas concourir à la démonstration qu'il s'agit d'atteindre?

On verra plus tard que les art. 323, 324 et 325 modifient l'article 46 quand il s'agit de la preuve de la filiation, et soumettent cette preuve à des conditions nouvelles et spéciales.

Après avoir minutieusement prescrit les formes solennelles applicables aux actes de l'état civil, la loi exprime des sanctions sévères.

Toutefois, il est remarquable qu'elle ne les fait

pas consister dans la nullité des actes irréguliers. En effet, il eût été trop rigoureux de faire dépendre l'état des citoyens de la malveillance ou de la négligence des officiers de l'état civil. « Il était impossible, est-il dit dans l'exposé des motifs de ce titre, de préciser exactement la question de nullité des actes de l'état civil ; il vaut mieux l'abandonner à l'arbitrage des juges, suivant les circonstances. »

La loi se réfugie donc dans des peines qui varient selon la nature des infractions.

Toute contravention aux règles qui ont été exposées jusqu'à présent, c'est-à-dire, toute inexactitude ou toute négligence, commise par l'officier de l'état civil dans la rédaction des actes, sera punie d'une amende qui ne pourra excéder 100 fr. (art. 50, Cod. civ.).

Toute altération, c'est-à-dire, tout changement fait après coup à un acte valable, dans le but d'en dénaturer la *substance* ; tout faux, c'est-à-dire, toute fabrication d'acte, toute déclaration fausse du nombre de celles qui constituent la *substance* des actes, ou toute substitution d'une déclaration fausse à une déclaration réelle ; enfin, toute inscription d'acte faite sur une feuille volante, seront punis des peines portées par le Code pénal (art. 52, Cod. civ.). Or, d'après les art. 145, 146 et 147 de ce Code, les altérations et les faux sont punis des travaux forcés à perpétuité, quand l'officier de l'état civil en est l'auteur, et des travaux forcés à temps, quand le crime a été commis par d'autres personnes. L'inscription sur une feuille volante est punie, par l'art. 192, d'un

emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus, et d'une amende de 16 fr. à 200 fr.

A côté de l'action publique qui appartient au ministère public, organe de la société, et a pour objet la répression du délit ou du crime, l'art. 52, Cod. civ., place l'action civile qui appartient aux personnes lésées dans leurs intérêts privés, et qui a toujours pour objet de faire condamner l'auteur du préjudice à une réparation pécuniaire.

Bien plus, pour forcer les dépositaires à exercer la plus grande surveillance sur les registres confiés à leurs soins, la loi les rend *civilement* responsables de toutes les altérations qui pourront y être faites, c'est-à-dire que, quand même ils ne seraient pas les auteurs de ces altérations, ils n'en devront pas moins réparer en argent le dommage qu'elles auront pu causer aux parties intéressées (art. 51).

L'art. 53 charge le procureur du roi au tribunal de l'arrondissement de vérifier les registres lors du dépôt qui, chaque année, a lieu au greffe, de dresser procès-verbal sommaire de la vérification, et de poursuivre, selon la loi, toute infraction qui sera remarquée.

Selon un avis du conseil d'état du 30 nivôse an 12, approuvé le 4 pluviôse suivant, les simples contraventions auxquelles fait allusion l'art. 50, Cod. civ., doivent être poursuivies devant le tribunal civil, et non pas, comme on pourrait le croire, devant le tribunal correctionnel (1).

(1) Cet avis du conseil d'état est inédit; au reste, l'art. 50, Cod.

C'est le cas, en terminant, d'appeler l'attention sur les articles 47 et 48 qui sont tout spéciaux.

L'art. 47 admet en France, comme faisant foi, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers qui a été reçu, en pays étranger, dans les formes usitées par la loi du pays. C'est une application de la maxime : *locus regit actum*.

L'art. 48 proclame la validité de tout acte de l'état civil des Français reçu en pays étranger, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls français. Nul doute ne s'élève sur l'application de ce principe aux actes de naissance et de décès; mais il n'en est pas de même quant aux actes de mariage, soit entre Français, soit entre Français et étrangers. J'indiquerai et je résoudrai, en développant l'art. 170, les questions qui naissent à cet égard.

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE.

Fidèle à un système qui a pour but de protéger l'état civil des hommes, la loi exige que leur naissance soit déclarée dans un bref délai.

Elle doit l'être, dit l'art. 55, Cod. civ., *dans les trois jours de l'accouchement*, c'est-à-dire, à dater de

civ., exprime nettement sa pensée en employant ces mots : *le tribunal de première instance.*

l'accouchement; le délai ne comprend donc pas le jour où l'accouchement s'accomplit.

La déclaration doit être faite à l'officier de l'état civil *du lieu* (art. 55); néanmoins, la déclaration faite à un autre officier de l'état civil assurerait tout aussi bien l'avenir de l'enfant, car on ne trouve nulle part une sanction quelconque à cette volonté de la loi. Elle se réduit dès lors à une simple indication.

L'enfant doit être présenté à l'officier de l'état civil (art. 55), afin que celui-ci puisse se convaincre, par lui-même, de son existence et de son sexe.

Bien plus, l'officier de l'état civil doit s'abstenir d'inscrire une naissance, quand la déclaration qu'il reçoit et même quand ses propres yeux lui révèlent qu'elle remonte à plus de trois jours.

Ce devoir rigoureux lui est imposé par un avis du conseil d'état du 12 brumaire an 11, qui est antérieur, il est vrai, au Code civil, mais dont les principes sont empreints de trop de raison et de sagesse pour que l'on puisse en récuser actuellement l'application. « S'il était permis, dit-il, à l'officier de l'état civil de recevoir sans aucune formalité des déclarations tardives, et de leur donner de l'authenticité, on pourrait introduire des étrangers dans les familles, et cette faculté serait la source des plus grands désordres. Les actes omis ne peuvent donc être inscrits sur les registres qu'en vertu de jugements rendus en grande connaissance de cause de l'omission, contradictoirement avec les parties intéressées, ou elles appelées, et sur les conclusions

du ministère public; ces jugements peuvent même être attaqués, en tout état, par les parties qui n'y auraient pas été appelées. »

On verra, au chapitre de la rectification des actes de l'état civil, dans quelle forme ces jugements doivent être obtenus, à quels débats ils peuvent donner lieu et quelle est leur autorité.

Si l'officier de l'état civil rédige l'acte de naissance après les trois jours, sans l'intervention préalable de la justice, cet acte prouvera, sans doute, qu'un enfant lui a été présenté; mais ce fait aura un caractère purement matériel. Ainsi, la naissance ne sera pas tenue pour constante à dater du jour auquel l'acte la fera remonter; elle n'aura d'autre date certaine que la date même de la présentation, et c'est dès lors cette époque qui servira de point de départ pour calculer l'âge civil de l'enfant. Toutes les autres énonciations de l'acte seront également impuissantes; car il a été rédigé après le délai fatal dans lequel la loi donnait à certaines personnes le droit de faire les déclarations qui attribuent l'état de famille, et à l'officier civil le droit de les recevoir.

Il peut arriver qu'un enfant soit présenté mort à l'officier de l'état civil; ce pourra être un jour une grave question que celle de savoir si cet enfant a vécu; car, n'eût-il respiré qu'une minute hors du sein de sa mère, il a pu recueillir une succession ouverte depuis sa conception, et dès lors la transmettre en mourant. Ce ne sont pas de simples témoignages qui peuvent immédiatement la résoudre, ce n'est pas surtout l'officier de l'état civil qui peut en être le

juge : elle réclame une discussion contradictoire devant les tribunaux, et elle a besoin de toutes les garanties dont ils s'entourent pour rendre la justice.

L'acte qui sera rédigé en pareil cas ne saurait donc être un acte de naissance, car un tel acte supposerait que l'enfant vit encore ; ce ne saurait mieux être un acte de décès, car la mort présuppose la vie : l'officier de l'état civil doit seulement exprimer que l'enfant lui a été présenté mort, indiquer le moment où il est sorti du sein de sa mère, et les noms et qualités, soit de celle-ci, soit du père. Cette forme d'acte, si rationnelle et si prudente, est prescrite par un décret du 4 juillet 1806; l'acte sera inscrit à sa date sur les registres des décès.

Qu'il me soit permis de transcrire ici ce décret, et d'insister sur sa signification violemment méconnue par une lettre ministérielle. Il est ainsi conçu :

« Art. 1er. Lorsque le *cadavre* d'un enfant dont *la naissance n'a pas été enregistrée* sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Il recevra de plus la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère de l'enfant, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère.

» Art. 2. Cet acte sera inscrit, à sa date, sur les registres des décès, *sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non.* »

Or, une lettre du ministre de la justice, adressée

à un des maires de Paris le 13 novembre 1819, porte qu'il faut distinguer si l'enfant né viable est mort avant ou après les trois premiers jours de sa naissance. « Dans ce dernier cas, dit le ministre, la naissance ne pouvant plus être inscrite que d'après les règles établies par la loi, vous ne pourrez dresser qu'un acte dans la forme prescrite par le décret. Si, au contraire, l'enfant est mort dans les trois jours, vous devez dresser un acte de naissance et un acte de décès, conformément à la décision du 25 mars 1806. »

Cette distinction est inadmissible. D'après le texte formel du décret, tout se réduit à savoir si l'enfant est présenté vivant ou s'il est présenté mort. S'il est présenté vivant, dans les trois jours, l'officier de l'état civil doit rédiger un acte de naissance, car la vie lui est démontrée; la question de viabilité est la seule qui puisse être soulevée ultérieurement. Si l'enfant est présenté mort, l'officier de l'état civil ne doit faire ni acte de naissance ni acte de décès, car il ignore si l'enfant a vécu et par conséquent s'il a pu mourir. Le procès-verbal prescrit par le décret est le seul acte qui, par sa forme, laisse entière la double question de vie et de viabilité. Qu'il me soit permis d'exprimer le regret qu'une lettre ministérielle ait pu se mettre en opposition, d'une manière aussi flagrante, avec une loi infiniment claire et éminemment sage.

L'art. 56, Cod. civ., indique par quelles personnes la naissance de l'enfant doit être déclarée. Il

impose d'abord ce devoir au père : qui mieux que lui, en effet, doit veiller à ce que la vie civile vienne compléter la vie naturelle qui est son œuvre? *A défaut du père*, il l'impose aux hommes de l'art, sages-femmes ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement.

Ceux qui ont été présents lors de la naissance ont donc, seuls, mission de la déclarer. Cependant, chose remarquable, il faudra toujours croire à cette présence des déclarants, quand même l'acte ne la mentionnerait pas. Qu'importerait, en effet, une telle mention, puisqu'elle est relative à un fait personnel aux déclarants, et qu'ils sont les seuls juges possibles de sa sincérité?

Si l'acte mentionnait que les déclarants n'ont pas assisté à la naissance, les tribunaux devraient examiner, d'après les circonstances, si une mention aussi insolite n'est pas le résultat d'un calcul ayant pour but de dépouiller l'acte de son autorité et de compromettre l'état de l'enfant.

Lorsque la mère accouche hors de son domicile, c'est d'abord, à défaut du père, la personne chez laquelle elle est accouchée qui doit déclarer la naissance, et ici se présente la même nécessité d'admettre que la personne qui la déclare en a été témoin.

Après les déclarations, et sans le moindre retard, l'acte de naissance sera rédigé en présence de deux témoins.

L'art. 56 prouve bien qu'il ne faut pas confondre les témoins avec les déclarants : les uns ne peuvent

être que mâles et majeurs, ainsi qu'on l'a vu; mais les autres peuvent être des mineurs ou des femmes.

Les art. 55 et 56, Cod. civ., trouvent leur sanction dans l'art. 346, Cod. pén., en vertu duquel toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'a pas fait la déclaration prescrite et dans le délai déterminé, doit être punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de seize francs à trois cents francs.

Il est évident que les peines portées par cet article combiné avec les art. 55 et 56, Cod. civ., sont encourues d'abord par le père qui est sur les lieux, puis par la personne chez laquelle la mère accouche, quand elle accouche hors de son domicile. Le devoir des autres ne commence qu'en l'absence du père, lorsque la mère accouche chez elle; dans le cas contraire, il faut tout à la fois l'absence du père et celle de la personne chez laquelle l'accouchement s'accomplit. Mais alors le devoir est imposé *concurremment* à toutes les personnes présentes : néanmoins le tribunal peut avoir égard à la bonne foi de celles qui se sont abstenues, dans la pensée que la déclaration serait faite par quelqu'un tenant de plus près à la famille.

L'art. 57 indique les mentions substantielles que doit renfermer un acte de naissance. C'est le jour, l'heure et le lieu de la naissance : si l'acte gardait le silence sur le jour où l'enfant est né, il faudrait nécessairement présumer que ce jour est celui où il a été présenté à l'officier de l'état civil.

C'est encore le sexe de l'enfant et les prénoms qui

lui sont donnés. Il faut remarquer, sur ce dernier point, qu'une loi du 11 germinal an 11 défend aux officiers de l'état civil d'admettre, dans leurs actes, d'autres prénoms que ceux qui sont en usage dans les différents calendriers, ou qui appartiennent à des personnages connus de l'histoire ancienne (1).

L'acte de naissance doit enfin indiquer, comme chose substantielle, les noms et prénoms des père et mère, et le nom du père devient celui de l'enfant.

Toutefois, le nom du père ne doit être exprimé que si l'enfant est né d'une femme mariée; alors le père, aux yeux de la loi, est nécessairement le mari de la mère.

Si, au contraire, l'enfant est né d'une femme non mariée, qui peut dire quel est son père? Dans ce cas, l'acte doit donc être muet sur la paternité, à moins qu'un homme ne l'avoue et ne consente à l'accepter.

Dans la même hypothèse, l'officier de l'état civil ne peut pas exiger la révélation du nom de la mère; mais, si le nom lui est déclaré, doit-il l'accueillir et l'exprimer?

Oui : tous les jurisconsultes en conviennent, et ils sont frappés de ces considérations que la maternité est un fait matériel, que la recherche en est permise (art. 341), qu'il ne faut pas aggraver la position des enfants naturels en les privant de la ressource de connaître leurs mères, et que si un enfant peut être

(1) Cette même loi prescrit les formes à suivre pour obtenir l'autorisation de changer de nom.

attribué, par effronterie, à une fille vertueuse, celle-ci est protégée par une action en dommages-intérêts contre ceux qui lui auraient imputé une maternité dont elle est innocente.

Mais l'énonciation du nom de la mère sera-t-elle substantielle, et fera-t-elle foi jusqu'à inscription de faux?

M. Duranton (n° 307) pense que non. Cependant cet auteur (n° 315) est du nombre de ceux qui admettent que le nom de la mère doit être exprimé.

Entre ces deux manières de voir, il y a une contradiction que je m'explique difficilement.

En effet, si l'indication du nom de la mère qui n'est pas mariée ne prouve pas la maternité d'une manière authentique, que prouve-t-elle? Rien. Or, si elle ne prouve rien, à quoi bon la faire?

En se pénétrant bien de la nature des choses et de la puissance des principes, ne voit-on pas que l'accouchement, au lieu d'être, comme la paternité, un fait mystérieux, est un fait matériel et visible, et que, dès lors, l'acte de naissance, destiné à prouver ce fait d'une manière authentique, démontre inévitablement la maternité qui en est la conséquence?

D'ailleurs, quelle différence logique y a-t-il entre la maternité naturelle et la maternité légitime considérées comme de simples faits? Pourquoi l'acte qui sert à constater l'une serait-il impuissant pour constater l'autre? L'acte de naissance de l'enfant légitime ne reçoit-il pas sa force du témoignage des hommes, apporté dans les trois jours à l'officier de l'état civil? Pourquoi répudier l'acte de naissance

de l'enfant naturel, quand il s'appuie sur la même base et qu'il dérive de la même source?

Sans doute, selon l'art. 336, Cod. civ., la reconnaissance du père, *sans l'aveu de la mère*, n'a pas d'effet à l'égard de celle-ci. Mais il ne faut pas confondre une *reconnaissance* avec une *déclaration*. L'une est un acte libre et tout spontané; l'autre est un acte nécessaire, imposé par la loi. Celui qui fait une *reconnaissance* est sans mission pour affirmer ce qui ne le concerne pas; toute *déclaration* faite dans le délai fatal, même par celui qui se dit le père de l'enfant, mérite une foi entière comme émanant de personnes présumées de plein droit avoir assisté au fait qu'elles sont tenues de révéler.

Prévoyant le cas où un enfant nouveau-né a été délaissé par ceux à qui il doit le jour, la loi oblige toute personne qui le trouvera de le remettre à l'officier de l'état civil.

Celui-ci dressera un procès-verbal qui indiquera, avec le plus grand soin, le moment et le lieu où l'enfant a été trouvé, et dans lequel seront également décrits les vêtements dont il était couvert, les divers objets qui ont pu être déposés près de lui, et même les marques particulières qu'il pouvait avoir sur le corps.

Le procès-verbal énoncera, en outre, l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés et l'autorité civile à laquelle il sera remis; cet acte sera inscrit sur les registres des naissances (art. 58).

Un jour, les indications qu'il renferme pourront

être d'un grand prix, mettre l'enfant sur la trace de ceux qui l'ont abandonné et même offrir à ceux-ci les moyens de le reconnaître (1).

Enfin, le mode de constater la naissance des enfants qui viennent au monde pendant un voyage de mer est prescrit par les dispositions suivantes :

« S'il naît un enfant pendant un voyage de mer, l'acte de naissance sera dressé dans les vingt-quatre heures, en présence du père, s'il est présent, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir, sur les bâtiments du roi, par l'officier d'administration de la marine; et sur les bâtiments appartenant à un armateur ou négociant, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de naissance sera inscrit à la suite du rôle d'équipage (art. 59).

» Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, seront tenus de déposer deux expéditions authentiques des actes de naissance qu'ils auront rédigés, savoir, dans un port français, au bureau du préposé à l'inscription maritime, et dans un port étranger, entre les mains du consul.

» L'une de ces expéditions restera déposée au bureau de l'inscription maritime, ou à la chancellerie

(1) L'art. 58, Cod. civ., est sanctionné par l'art. 347, Cod. pén. Il faut aussi consulter les articles suivants du même Code.

du consulat; l'autre sera envoyée au ministre de la marine, qui fera parvenir une copie de lui certifiée, de chacun desdits actes, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu : cette copie sera inscrite de suite sur les registres (art. 60).

» A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle d'équipage sera déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime, qui enverra une expédition de l'acte de naissance, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu : cette expédition sera inscrite de suite sur les registres (art. 61). »

CHAPITRE III.

DES ACTES DE MARIAGE.

(*Renvoi au titre du mariage*).

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE DÉCÈS.

Instruit d'un décès, l'officier de l'état civil doit se transporter auprès de la personne décédée pour s'assurer par lui-même de la sincérité de la déclaration qui lui a été faite : il doit ensuite délivrer sur papier libre et sans frais une autorisation de faire inhumer le défunt.

Toutefois cette autorisation ne peut être donnée

que vingt-quatre heures après le décès : la loi le veut ainsi afin de prévenir le danger des inhumations précipitées, sauf les cas exceptionnels prévus par des règlements de police, dans l'intérêt de la salubrité publique (art. 77).

L'art. 358, Cod. pén., prononce un emprisonnement de six jours à deux mois et une amende de 16 à 50 fr. contre ceux qui auront fait inhumer, sans autorisation préalable, un individu décédé : il résulte même des derniers termes de cet article qu'il est applicable à l'officier de l'état civil lorsque, sans raison grave, il délivre l'autorisation avant l'expiration du délai légal (1).

Après avoir délivré l'autorisation d'inhumer le défunt, l'officier de l'état civil doit rédiger l'acte de décès : tel est l'ordre qui résulte du rapprochement des art. 77 et 78. Cet ordre est très-logique, car il serait bizarre de rédiger immédiatement un acte de décès, puis d'attendre vingt-quatre heures pour savoir si la personne dont il s'agit est bien morte.

L'acte sera dressé, dit l'art. 78, *sur la déclaration de deux témoins*. Ici, tout le monde fait remarquer que les déclarants et les témoins doivent être les mêmes personnes et qu'ils cumulent les rôles. Cette interprétation peut bien résulter de la lettre de la loi ; mais, en vérité, que manquerait-il à un acte de décès si l'officier de l'état civil, instruit du décès par une femme, dressait ensuite l'acte avec l'assis-

(1) Voy. un décret du 23 prairial an 12 sur les sépultures, et principalement les art. 1, 2, 14 et 15.

tance de deux personnes ayant les qualités requises pour les témoins aux actes de l'état civil ? L'officier de l'état civil ne doit-il pas voir le cadavre? Et quand il l'aura vu, qu'est-ce que des déclarants du sexe masculin lui auront appris de plus que des déclarants du sexe féminin? Toute personne peut donc faire la déclaration du fait matériel du décès comme du fait matériel de la naissance; puis, les témoins seront employés dans l'acte de décès, comme dans toute espèce d'actes de l'état civil, pour concourir avec l'officier public à donner à l'acte son authenticité. Ainsi, tout ce que l'art. 78 renferme raisonnablement de spécial, c'est le désir que les témoins soient, autant que possible, les deux plus proches parents ou voisins du défunt.

Lorsqu'une personne est décédée hors de son domicile, la loi désire que la personne chez laquelle elle est décédée soit au nombre des témoins : ce vœu de la loi ne peut évidemment pas s'accomplir si, par exemple, cette personne est une femme, ou si elle est mineure; mais, encore une fois, si elle ne peut être témoin, pourquoi ne serait-elle pas déclarante?

Le Code civil ne dit pas dans quel délai, au plus tard, l'acte de décès devra être dressé; il me paraît conforme à la nature des choses qu'il puisse l'être même le jour de l'inhumation; mais je crois qu'après l'inhumation la rédaction ne pourrait avoir lieu sans l'intervention préalable de la justice, comme dans tous les cas d'omission d'actes de l'état civil.

L'art. 79 prescrit les indications que doit renfer-

mer l'acte de décès : elles ont toutes pour but d'établir l'individualité du défunt, car l'acte va faire foi jusqu'à inscription de faux du fait du décès et de l'identité de la personne décédée. Il est ainsi conçu :

« L'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve; les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des déclarants; et, s'ils sont parents, leur degré de parenté.

» Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, professions et domiciles des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance. »

Il faut remarquer que cet article n'exige pas la mention de l'époque du décès : néanmoins il est indispensable d'en connaître le jour et même l'heure, car si deux personnes, héritières l'une de l'autre, viennent à mourir, c'est celle qui sera morte la dernière qui aura hérité. M. Duranton, n° 323, prétend que la loi n'a pas exigé cette mention à cause de sa gravité et pour ne pas laisser une trop grande influence aux déclarants. L'auteur fait cependant observer que la loi n'a pas le même scrupule quand il s'agit des naissances : alors l'acte doit mentionner le jour et l'heure de la naissance déclarée, et cette mention fait foi jusqu'à inscription de faux. A cela il répond que l'importance n'est plus la même qu'en matière de décès, attendu que les droits des enfants sont, en général, déterminés non point par l'époque de leur naissance, mais par l'époque présumée de

leur conception. J'avoue que tel est le principe; mais comment déterminer l'époque présumée de la conception si ce n'est en prenant pour point de départ l'époque certaine de la naissance ? et quoi de plus facile que de déplacer la conception en déplaçant la naissance même? Au lieu de se résigner à une telle explication, ne vaut-il pas mieux avouer qu'il y a dans l'art. 79 une lacune déplorable ? Toutefois, la loi devant être respectée quand elle se tait aussi bien que lorsqu'elle parle, l'officier de l'état civil ne commettra aucune contravention en omettant la mention dont il s'agit. Bien plus, si elle est faite bénévolement, il ne sera pas nécessaire de la combattre par une inscription de faux; car l'officier de l'état civil n'avait pas mission de la faire.

Les art. 80 et 84 qu'il faut rapprocher prévoient les décès qui peuvent avoir lieu dans les hôpitaux civils ou militaires, dans les prisons, dans les maisons publiques, et elle entend, sans doute, par ces derniers mots, les colléges, séminaires, institutions et toutes les écoles ayant des élèves internes. Les chefs doivent donner avis du décès à l'officier de l'état civil, dans les vingt-quatre heures; celui-ci, après s'être transporté auprès du cadavre, dresse l'acte selon la forme ordinaire; il en envoie ensuite à l'officier de l'état civil du dernier domicile du défunt une expédition que celui-ci doit transcrire sur les registres. Quant aux registres particuliers qui, selon l'art. 80, doivent être tenus dans les maisons que je viens d'indiquer, ils ne peuvent servir que de simples renseignements.

Lorsqu'il y a lieu de soupçonner une mort violente, comme un meurtre, un duel, un suicide, il faut d'abord qu'un officier de police assisté d'un homme de l'art dresse procès-verbal de l'état du cadavre, renfermant toutes les indications propres à éclairer sur le genre de mort et sur l'identité du défunt. L'officier de l'état civil du lieu rédigera l'acte de décès d'après les renseignements que lui aura transmis l'officier de police, et, si le défunt a un autre domicile connu, une expédition sera envoyée, comme ci-dessus, à l'officier de l'état civil de ce domicile (art. 81, 82).

En cas d'exécution à mort, les renseignements doivent être transmis (art. 83) par les greffiers criminels, et il y aura souvent nécessité, malgré le silence de la loi, d'envoyer quelque part l'expédition de l'acte de décès.

C'est une règle générale que l'acte de décès ne doit jamais mentionner le genre ni préciser le lieu de la mort, quand ces circonstances sont déshonorantes. Ne serait-il pas inique, en effet, d'ajouter cette flétrissure aux douleurs de la famille (art. 85)?

Si un décès survient pendant un voyage de mer, il faut se conformer aux art. 86 et 87 ainsi conçus :

« En cas de décès pendant un voyage de mer, il en sera dressé acte dans les vingt-quatre heures en présence de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir, sur les bâtiments du roi, par l'officier de l'administration de la marine, et sur les bâtiments appartenant à un négo-

ciant ou armateur, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de décès sera inscrit à la suite du rôle de l'équipage.

» Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, qui auront rédigé des actes de décès, seront tenus d'en déposer deux expéditions, conformément à l'art. 60. A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle d'équipage sera déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime; il enverra une expédition de l'acte de décès, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée : cette expédition sera inscrite de suite sur les registres. »

Le Code civil n'a pas prévu le cas où un individu périrait victime d'un accident qui ne permettrait pas de retrouver ou de reconnaître son corps. Il est évident qu'alors le décès et sa cause ne peuvent être constatés que par une enquête, sauf aux tribunaux à examiner les circonstances de fort près pour empêcher qu'un décès ne soit substitué à une simple absence. Selon l'art. 19 d'un décret du 3 janvier 1813, si des ouvriers périssent dans des mines, et qu'il soit impossible de parvenir jusqu'au lieu où leurs corps se trouvent, cette impossibilité doit être constatée par le maire ou autre officier public qui en dressera procès-verbal. Cet acte sera transmis au procureur du roi, à la diligence duquel, et sur l'autorisation du tribunal, il sera annexé au registre de l'état civil. Sans nul doute, il sera un élément de

preuve de nature à corroborer plus tard une enquête contradictoire : il pourrait même la rendre inutile.

Enfin, il existe une loi du 13 janvier 1817, relative aux moyens de constater le sort des militaires ou marins ayant servi pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792, jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815. Les art. 1, 2, 5 et 6 de cette loi autorisent la preuve testimoniale des décès en prescrivant toutefois certaines formes; mais, au fond, ces articles n'offrent qu'une application du principe posé par l'art. 46 du Code civil.

CHAPITRE V.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU TERRITOIRE DU ROYAUME.

En France, le soldat français est, avant tout, citoyen : les actes de l'état civil qui le concernent restent donc soumis à la règle générale.

En pays étranger, le soldat français peut, comme un Français ordinaire, recourir aux officiers de l'état civil étrangers; sa qualité de militaire ne saurait être la cause d'une exclusion, car elle doit être la source d'une faveur.

La loi, en effet, lui devait des facilités spéciales : il fallait qu'il pût, en quelque sorte, retrouver la France sur le sol étranger. « Là où est le drapeau, a dit Napoléon, là est la France. »

Favoriser le militaire français, en pays étranger, par un système particulier, sans proscrire à son

égard le droit commun, telle est la seule pensée raisonnable qui me paraisse avoir dicté les articles qu'on va lire (1) :

« Les actes de l'état civil faits hors du territoire du royaume, concernant des militaires ou autres personnes employées à la suite des armées, seront rédigés dans les formes prescrites par les dispositions précédentes, sauf les exceptions contenues dans les articles suivants (art. 88, Cod. civ.).

» Le quartier-maître dans chaque corps d'un ou plusieurs bataillons ou escadrons, et le capitaine commandant dans les autres corps, rempliront les fonctions d'officiers de l'état civil : ces mêmes fonctions seront remplies, pour les officiers sans troupes et pour les employés de l'armée, par l'inspecteur aux revues attaché à l'armée ou au corps d'armée (art. 89).

» Il sera tenu dans chaque corps de troupe un registre pour les actes de l'état civil relatifs aux individus de ce corps, et un autre à l'état-major de l'armée ou d'un corps d'armée, pour les actes civils relatifs aux officiers sans troupes et aux employés : ces registres seront conservés de la même manière que les autres registres des corps et états-majors, et déposés aux archives de la guerre, à la rentrée des corps ou armées sur le territoire du royaume (art. 90).

» Les registres seront cotés et paraphés, dans chaque corps, par l'officier qui le commande; et à

(1) Merlin est d'un sentiment contraire. *Rép.*, v° *état civil*, § 3.

l'état-major, par le chef de l'état-major général (art. 91).

» Les déclarations de naissance à l'armée seront faites dans les dix jours qui suivront l'accouchement (art. 92).

» L'officier chargé de la tenue du registre de l'état civil devra, dans les dix jours qui suivront l'inscription d'un acte de naissance audit registre, en adresser un extrait à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu (art. 93).

» Les publications de mariage des militaires et employés à la suite des armées seront faites au lieu de leur dernier domicile : elles seront mises en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps; et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes, et pour les employés qui en font partie (art. 94).

» Immédiatement après l'inscription, sur le registre, de l'acte de célébration du mariage, l'officier chargé de la tenue du registre en enverra une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux (art. 95).

» Les actes de décès seront dressés, dans chaque corps, par le quartier-maître; et, pour les officiers sans troupes et les employés, par l'inspecteur aux revues de l'armée, sur l'attestation de trois témoins; et l'extrait de ces registres sera envoyé, dans les dix jours, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé (art. 96).

» En cas de décès dans les hôpitaux militaires ambulants ou sédentaires, l'acte en sera rédigé par le directeur desdits hôpitaux, et envoyé au quartier-maître du corps, ou à l'inspecteur aux revues de l'armée ou du corps d'armée dont le décédé faisait partie : ces officiers en feront parvenir une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé (art. 97).

» L'officier de l'état civil du domicile des parties, auquel il aura été envoyé de l'armée expédition d'un acte de l'état civil, sera tenu de l'inscrire de suite sur les registres (art. 98) (1). »

CHAPITRE VI.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

Malgré les garanties dont la rédaction et la conservation des actes de l'état civil sont entourées, des erreurs, des infidélités et même des accidents sont possibles : la nécessité de les réparer a donné lieu à la théorie appelée *rectification des actes de l'état civil.*

C'est un principe fondamental en cette matière, que toute rectification doit être provoquée par les personnes qui y sont intéressées, et ne peut l'être que

(1) Le meilleur commentaire de ces dispositions se trouve dans une instruction ministérielle du 24 brumaire an 12 (16 novembre 1803). Le texte que n'a pas publié le Bulletin des lois est tout entier dans le recueil de Sirey, tom. 4, partie 2, pag. 743.

par elles. Ce principe, exprimé dans un avis du conseil d'état du 13 nivôse an 10, répété dans un autre avis du 12 brumaire an 11, a été adopté par le Code civil : « Les vices de toute espèce qui peuvent se rencontrer dans les actes de l'état civil, dit l'exposé des motifs, acquièrent des droits à des tiers; la rectification *officieuse* serait absolument inutile, puisqu'elle ne pourrait être opposée à ceux qui n'y auraient pas consenti. »

Le ministère public ne peut donc agir d'office que pour faire punir les infractions de toute nature prévues par le Code civil ou par le Code pénal; en un mot, quand le ministère public agira, ce sera pour obtenir l'application d'une peine et non pas une rectification.

Cependant, il résulte de l'avis même du conseil d'état du 12 brumaire an 11, rappelé dans l'art. 122 d'un décret du 18 juin 1811, que le ministère public peut demander directement la rectification *dans les circonstances qui intéressent l'ordre public*. On peut citer pour exemple le cas où un individu appelé au service militaire chercherait à y échapper, parce que son acte de naissance aurait été omis sur les registres ou renfermerait des erreurs. Il en serait de même s'il s'agissait de remplacer des registres perdus ou bien des registres qui n'auraient pas été tenus. Ces deux dernières hypothèses sont, au reste, formellement exprimées dans l'art. 75 de la loi du 25 mars 1817. On peut leur assimiler celle où il y aurait à rétablir en masse un grand nombre d'actes omis sur les registres.

Enfin, selon l'art. 75 de la loi du 25 mars 1817, qui vient d'être cité, le ministère public peut agir comme représentant de l'intérêt privé, lorsque les parties sont indigentes.

Il est évident, toutefois, que, dans tous les cas, les rectifications obtenues d'office par le ministère public sont sans influence sur les droits des tiers.

Une demande en rectification peut donner lieu à une mesure très-prompte ou à des débats très-graves.

Si, par exemple, des noms ou prénoms ont été mal orthographiés, ou si l'ordre des prénoms a été interverti dans des actes quelconques de l'état civil; si un homme a été arbitrairement désigné comme père dans l'acte de naissance d'un enfant naturel; si, contrairement à la loi, la naissance d'un enfant a été inscrite sur une feuille volante, et que les père et mère de l'enfant réclament eux-mêmes l'inscription de l'acte sur les registres, il y aura lieu à une simple rectification.

Si, au contraire, un acte de naissance ou de décès a été omis, ou, ce qui est la même chose, tardivement rédigé sur les registres, ou bien si un acte de mariage ne peut être représenté, et qu'il s'agisse ainsi de savoir à quelle famille tel individu appartient, si tel autre individu est décédé, si, enfin, tels prétendus époux ont été mariés; de même encore, quand on soutient que des actes de l'état civil renferment des faux commis au moment de leur rédaction, ou des altérations opérées ultérieurement, il se présente

autant de véritables questions d'état, car c'est bien sur des faits constitutifs de l'état civil qu'alors la justice est appelée à prononcer.

Toute demande en rectification, quel que soit son caractère, sera introduite au moyen d'une requête présentée au président du tribunal de première instance compétent (art. 855, Cod. pr., et 99, Cod. civ., combinés).

Si la question est simple, comme l'une de celles dont j'ai cité des exemples, le tribunal se bornera à nommer rapporteur l'un de ses membres, et, au jour indiqué, après avoir entendu le rapport de celui-ci et les conclusions du ministère public, il statuera sur la demande (art. 856, Cod. pr.). En pareil cas, le jugement doit être rendu dans la chambre du conseil.

Si, au contraire, la requête soulève une question d'état, le tribunal ordonnera que les parties intéressées seront mises en cause afin qu'un débat contradictoire s'établisse entre elles et le demandeur en rectification (art. 856, Cod. pr., et 99, Cod. civ.).

Il pourra, dans tous les cas, ordonner la convocation préalable du conseil de famille pour avoir son avis (art. 856, Cod. pr.).

Nul principe ne s'oppose à ce que le demandeur, au lieu de procéder par voie de requête, n'appelle directement en cause les parties qu'il regarde comme ses véritables adversaires.

S'il s'agit de la rectification d'un acte inscrit sur des registres, le tribunal compétent sera celui du

lieu où les registres sont déposés, que la demande soit formée par requête ou par assignation, car il importe surtout de ne pas déplacer les registres. Dans les cas contraires, la compétence sera déterminée, selon les principes généraux, par le domicile des défendeurs. Lorsque les parties sont déjà en instance et que la demande en rectification s'élève incidemment, il est clair que la cause principale attire à elle la cause incidente.

Toutes les fois qu'un débat contradictoire s'engagera, comment devra se faire la preuve ? A défaut d'actes, les art. 194 et suivants, Cod. civ., déterminent les preuves du mariage; les art. 320 et suivants, celles de la filiation légitime, et les art. 340 et suivants, celles de la filiation naturelle. La discussion s'établira donc conformément aux théories spéciales admises par ces articles qui seront développés plus loin. Quant à la démonstration des décès, j'ai dit précédemment que, dans certains cas, elle pouvait être faite par procès-verbaux ou par témoins. Il faut remarquer, enfin, que si la demande est dirigée contre un acte, elle nécessitera une inscription de faux quand elle tendra à renverser la foi due à une énonciation substantielle.

L'appel est toujours admis en cette matière (art. 54 et 99, Cod. civ.).

Si le jugement a été rendu sur simple requête, sans débat contradictoire, l'appel doit être formé par requête présentée, dans les trois mois de la date du jugement, au président de la cour royale (art. 858, Cod. pr.) : l'arrêt qui interviendra sera donc lui-

même un arrêt sur requête. Mais si, en première instance, le débat a été contradictoire, l'appel doit être formé selon les règles ordinaires.

Les jugements ou arrêts de rectification ont cela de remarquable qu'ils ne peuvent jamais être opposés à ceux qui n'ont pas été parties dans le débat, ou qui n'ont pas été mis en demeure de venir y défendre leurs droits, en sorte qu'à leur égard c'est comme s'il n'y avait pas eu de rectification. Par exemple, Paul, qui ne peut pas produire un acte de naissance, fait juger contradictoirement avec Pierre, fils de Joseph et de Sophie, décédés après un légitime mariage, qu'il est l'enfant de ces deux époux; Paul, en vertu de ce jugement, aura toujours été le frère de Pierre, mais il n'aura jamais été le frère d'un frère de celui-ci, autre enfant de Joseph et de Sophie, qu'il n'aura pas mis en cause, soit par erreur, soit parce qu'il le croyait mort; et, à l'égard de cet autre enfant, il n'aura aucun des droits attachés à la qualité qu'il n'a fait judiciairement proclamer qu'à l'égard de Pierre.

Cet état de choses est très-logique, car Paul n'est pas entré dans la famille par une voie ordinaire et normale, mais par une voie forcée; il y est admis en vertu de la chose jugée, et l'autorité de la chose jugée ne fait pas loi pour ceux qui ont été étrangers à la discussion et au jugement (art. 100 et 1351, Cod. civ.).

Mais, si Paul avait fait proclamer sa qualité de fils contradictoirement avec son père, il jouirait de cette qualité vis-à-vis de tous les membres de la famille

de celui-ci, parce qu'il serait vrai de dire qu'ils ont été parties dans l'instance comme représentés par le contradicteur légitime et principal du demandeur en rectification.

Enfin, Paul aura tous les droits attachés à la qualité de fils, dans la famille de son père et dans celle de sa mère, si l'un et l'autre ont été mis en cause.

Les jugements de rectification pouvant ainsi ne produire que des effets limités, il est évident que, malgré les rectifications prescrites, il faut ne pas altérer la rédaction primitive de l'acte réformé.

L'officier de l'état civil se bornera donc à transcrire sur les registres courants le jugement qui lui sera remis : il en fera mention en marge de l'acte qu'il devra rechercher dans ces mêmes registres ou dans les anciens. Cette mention doit indiquer non-seulement la date du jugement, mais la substance même des rectifications ordonnées. Après avoir été faite sur les registres déposés à la mairie, elle devra avoir lieu d'une manière uniforme sur les registres déposés au greffe. Plus tard, quand l'extrait d'un acte rectifié sera demandé, le dépositaire des registres délivrera un extrait conforme à la teneur primitive de l'acte, en transcrivant et en certifiant au bas les rectifications mentionnées en marge, de telle sorte que les parties ne soient pas dans la nécessité de lever une expédition du jugement même (art. 857, Cod. pr.; 49 et 101, Cod. civ.; avis du conseil d'état du 4 mars 1808).

Si le jugement de rectification a été provoqué par l'omission complète d'un acte sur les registres de

l'état civil, la rectification consistera uniquement dans la transcription du jugement sur les registres.

Certains désastres peuvent amener quelquefois la perte des registres de toute une commune ou de tout un arrondissement. J'ai dit que c'était l'un des cas où le ministère public pouvait poursuivre d'office une rectification, qui est une recomposition véritable. Le pouvoir exécutif suprême a quelquefois prescrit des mesures à cet égard, mais une intention bonne ne pouvait amener que des résultats arbitraires. C'est ainsi qu'une ordonnance royale du 9 janvier 1815 prescrit la recomposition des registres de la ville et de l'arrondissement de Soissons, et que l'art. 9 rend hommage, en ces termes, aux vrais principes du droit : « Ces registres tiendront lieu des registres perdus ou détruits, *toutes les fois qu'un acte ne sera pas contesté :* dans le cas contraire, les réclamations seront portées devant les tribunaux pour y être instruites et jugées conformément aux art. 46, 99, 100 et 101 du Code civil. »



TITRE III.

DU DOMICILE.

Soumis aux nécessités de la vie sociale, l'homme conserve néanmoins la faculté naturelle de se transporter où bon lui semble : forcer la résidence, a dit Portalis, ce serait blesser la liberté.

Mais ce principe avait ses dangers : une mobilité calculée pouvait être un moyen facile d'échapper sans cesse à l'action de la loi; dès lors, il importait de déterminer un lieu que chaque homme serait censé avoir choisi de préférence pour y attacher les habitudes de sa vie, où il supporterait les charges communes, où il participerait aux avantages qui les compensent, et où la justice pourrait le chercher et devrait l'atteindre. C'est précisément ce lieu qui sera le domicile.

Si la loi, en laissant à la résidence un caractère absolu de liberté, n'eût pas fait du domicile une nécessité, la théorie des droits et des devoirs aurait été vide de sens : le domicile devient ainsi une des sanctions de l'ordre social.

L'art. 102, Cod. civ., dit que le domicile de tout Français, *quant à l'exercice de ses droits civils*, est *au lieu* où il a son *principal établissement*. Cet article

isole avec raison le domicile *civil* du domicile *politique* régi par les lois politiques, et il indique très-bien que le domicile est un véritable lien moral entre une localité et un individu. Il proclame, enfin, l'unité du domicile : il est évident, en effet, que si un individu peut avoir des établissements divers, il n'y en a jamais qu'un qui puisse être son établissement principal, le centre le plus important de ses affaires, le siége préféré de sa fortune et de ses affections.

Le domicile d'un individu détermine, en règle générale, le tribunal devant lequel il doit être assigné (art. 59, Cod. pr.), et la Charte elle-même consacre ce principe que « nul ne peut être distrait de ses juges naturels (art. 53). » Peu importe que l'individu assigné soit éloigné du lieu où il a son domicile; la résidence est libre, mais le domicile est forcé, et l'assignation sera toujours valablement remise à une personne quelconque trouvée dans le logement du défendeur, sinon à un voisin, et même au maire de la commune (art. 68, Cod. pr.).

L'action de la loi ne pouvant jamais être paralysée, nul ne profitera de ce qu'il n'a pas de domicile connu; alors l'assignation sera donnée dans le lieu de la résidence, et, s'il s'agit d'un individu sans résidence fixe, c'est le procureur du roi près le tribunal où la demande sera portée qui recevra l'assignation (art. 69, Cod. pr.).

Le domicile du défunt détermine encore le lieu où s'ouvre sa succession (art. 110, Cod. civ., et 59, Cod. pr.).

Enfin l'on verra, au titre du mariage, que, dans l'intérêt de la publicité, c'est devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux a son domicile que tout mariage doit être célébré (art. 165, Cod. civ.).

Chaque individu, par la force des choses, reçoit en naissant un domicile : les enfants légitimes reçoivent celui de leur père; les enfants naturels, celui du père ou de la mère qui les a reconnus; les enfants abandonnés se rattachent à l'hospice où ils ont été recueillis.

Toutefois, le domicile originaire peut être abdiqué, et, pendant le cours de sa vie, tout individu ayant le libre exercice de ses droits a la faculté de changer de domicile.

La résidence, qui est un fait matériel, peut changer d'un moment à l'autre; mais le domicile ne variera qu'autant qu'au fait d'une habitation réelle dans un autre lieu se joindra l'intention d'y fixer désormais son principal établissement. Ce principe écrit dans l'art. 103, Cod. civ., se résume tout entier en ce peu de mots, que le fait sans l'intention et l'intention sans le fait ne sauraient suffire.

L'intention ne sera pas douteuse en présence d'une déclaration expresse faite tant à la mairie du lieu que l'on quittera qu'à celle du lieu où l'on voudra transférer son domicile. Si ce moyen offert par l'article 104 a été négligé, la preuve de l'intention, selon l'article suivant, dépendra uniquement des circonstances; les tribunaux devront alors interro-

ger toutes les habitudes qui constituent l'existence sociale d'un individu, et apprécier ainsi l'intention qui doit corroborer le fait matériel.

Toutefois, il est des changements de domicile que la loi proclame elle-même, comme la conséquence nécessaire de l'immobilité de certaines positions sociales. Ainsi, le citoyen qui accepte des fonctions conférées à vie, c'est-à-dire inamovibles et d'une durée illimitée, devient domicilié dans le lieu où il doit les exercer, dès qu'il a prêté le serment qui est la révélation légale de son acceptation. Mais le citoyen appelé à des fonctions amovibles ou même seulement temporaires n'acquiert qu'une position sans fixité, il conserve donc son ancien domicile, à moins que des déclarations régulières ou des circonstances diverses jointes au fait de la nouvelle résidence ne démontrent une intention contraire (art. 106 et 107, Cod. civ.) (1).

Il y a enfin des personnes auxquelles la loi impose le domicile d'autrui.

Ainsi, la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari (art. 108, Cod. civ.). Le mari est le chef de l'association conjugale et l'arbitre du destin commun; la femme doit donc suivre ses foyers comme sa fortune.

Un grand nombre d'auteurs pensent que la femme séparée de corps peut se choisir un domicile distinct

(1) Le pair de France est dans une position exceptionnelle. Ses fonctions sont bien inamovibles et d'une durée illimitée, mais il ne les exerce réellement que pendant la session des chambres : il conserve donc son ancien domicile.

de celui de son mari ; c'est là, dit M. Duranton, n° 365, le principal objet de la demande en séparation. Cette assertion est beaucoup trop absolue, car autre chose est la liberté de résidence, autre chose est la liberté de domicile. Sans doute, la femme séparée n'est plus obligée de suivre en tous lieux son mari ; elle a reconquis la faculté naturelle de résider où bon lui semble. Mais le domicile, nécessité civile, fiction toujours vivante qui rattache forcément un individu à un point donné du globe, est aussi un droit créé par la loi, et dont nul ne peut disposer à son gré, s'il n'a toute sa liberté civile. Or, la femme séparée ne peut faire aucun acte d'aliénation, ni paraître en justice, soit en demandant, soit en défendant (art. 215 et 217, Cod. civ.), sans avoir obtenu l'autorisation de son mari ; elle n'a donc pas recouvré par la séparation la liberté civile qu'elle avait perdue par le mariage; elle subit, après, la suprématie qu'elle subissait avant, et le domicile marital, en s'imposant à elle, n'est que la révélation d'une intimité d'existence qui, dans l'ordre légal, conserve toute sa force. Aussi la loi dit-elle en termes énergiques : « La femme *mariée* n'a point d'autre domicile que celui de son mari. »

Il est vrai que la femme séparée peut faire seule des actes de simple administration, mais c'est là un droit secondaire qui affaiblit à peine sa dépendance.

Il est vrai, encore, qu'un mineur émancipé a la faculté de se choisir un domicile quoiqu'il soit soumis à un curateur. Mais qui oserait comparer l'autorité restreinte et précaire de celui-ci à l'autorité

13

large, directe et indélébile du mari qui réunit dans ses mains tous les pouvoirs que la loi divise entre le curateur et le conseil de famille sous la haute surveillance d'un tribunal?

Le mineur non émancipé a le domicile de son père, à défaut de père celui de sa mère, et enfin, à défaut de l'un et de l'autre, celui de son tuteur.

Si, par une cause quelconque, le survivant des père et mère n'exerce pas la tutelle, le mineur aura encore le domicile du tuteur, car celui-ci est le véritable administrateur de sa fortune et de sa personne.

Quant au majeur interdit, il est nécessairement domicilié chez son tuteur ; le mari interdit pourrait être ainsi domicilié chez sa femme tutrice.

Les majeurs qui servent comme domestiques, ou travaillent comme apprentis ou comme ouvriers, ont le même domicile que leur maître, lorsqu'ils demeurent avec lui (art. 109, Cod. civ.).

Si ces serviteurs et ouvriers sont des mineurs non émancipés, ils ont le domicile de leur tuteur : de même, la femme mariée ouvrière ou domestique habitant chez autrui n'en conserve pas moins le domicile du mari : dans tous ces cas, on conçoit que le domicile doit être déterminé par la suprématie principale.

Le domicile des condamnés aux travaux forcés à temps, à la réclusion ou à la détention, est, sans nul doute, pendant la durée de la peine, chez le tuteur qui doit leur être nommé en vertu de l'art. 29, Cod. pén. Les condamnés au bannissement ou à l'empri-

sonnement correctionnel conservent le domicile qu'ils avaient au moment de leur condamnation. Enfin, le militaire conserve celui qu'il avait avant d'entrer au service.

L'art. 111 reconnaît à des contractants le droit de déroger à la règle générale, selon laquelle le défendeur doit être assigné devant les juges de son domicile, en désignant un domicile arbitraire qui devient attributif de juridiction pour l'exécution du contrat.

Il peut s'élever des contestations sur le plus ou moins de portée d'une élection de domicile ; toutefois, il est généralement admis que le domicile élu pour l'exécution d'un contrat n'est pas élu pour l'exécution des jugements rendus à l'occasion de ce contrat, ni pour la signification du transport de l'obligation, ni pour le paiement à effectuer ; que le droit de recourir au domicile élu plutôt qu'au domicile réel est facultatif dans la personne du demandeur ; que l'élection de domicile conserve ses effets, malgré le décès de la personne chez laquelle l'élection a été faite ; que le droit d'invoquer et la nécessité de subir l'élection se transmettent aux héritiers ou ayants cause des parties contractantes ; enfin, que si le domicile a été élu au domicile réel de l'une d'elles, le domicile élu subsiste même après le changement de domicile réel.

Il est également reconnu que la partie qui a fait une élection de domicile peut, quand bon lui semble, faire une élection nouvelle, pourvu qu'elle la dénonce officiellement à l'autre partie et qu'elle la fasse dans

la *même commune*. Elle se borne, alors, à révoquer le mandat donné à la personne chez laquelle l'élection primitive avait eu lieu et à choisir un nouveau mandataire : elle ne blesse aucun intérêt, car rien n'est changé, ni à la compétence du tribunal, ni aux délais pour comparaître.

Je dois faire observer que les termes du contrat et les circonstances doivent gravement influer sur la solution des divers points qui précèdent. Il faudra donc se garder de voir d'une manière trop absolue des questions de droit là où il n'y aura souvent que des questions d'intention.

Le Code civil, dans les art. 176 et 2148, exige une élection de domicile.

Il y a un grand nombre de cas où le Code de procédure prescrit la même nécessité.

TITRE IV.

DES ABSENTS.

La résidence est libre : toutefois, l'individu qui s'éloigne de son domicile ne doit pas laisser ignorer le lieu où il se trouve et rompre toutes relations avec les personnes auxquelles le rattachent des causes de diverse nature.

Si donc il s'abstient de donner de ses nouvelles, son silence appelle l'intervention de la loi : elle doit protéger l'absent et les intérêts qui, liés aux siens, peuvent souffrir d'un abus ou d'un malheur.

Il est désormais facile de pressentir que, dans le langage du droit, *l'absent* est l'individu qui a quitté sa demeure ordinaire et dont le sort est ignoré. C'est pour lui qu'est faite la théorie de l'absence.

Cette théorie comprend trois périodes distinctes.

La première commence au moment de la disparition ou des dernières nouvelles; elle dure cinq ans au moins, onze ans au plus; elle s'appelle période de *présomption d'absence*, elle laisse supposer que l'individu existe encore, elle ne donne lieu qu'à des mesures très-précaires qui doivent être ordonnées avec la plus grande circonspection, et elle finit par le jugement qui déclare l'absence.

La seconde période commence par ce jugement ; c'est la période de *déclaration d'absence*. En principe, elle dure trente ans; elle donne lieu à un *envoi en possession provisoire* des biens de l'absent. Pendant cette période, la présomption de vie et la présomption de mort se balancent et se neutralisent ; elle peut finir avant trente ans, soit par le retour de l'absent, soit par la réception de ses nouvelles, soit par son décès, soit par le laps de cent années écoulées depuis sa naissance.

La troisième période commence quand la seconde a duré trente ans, ou quand elle a été interrompue par le laps de cent années révolues depuis la naissance de l'absent : il est évident que, dans les autres cas où la seconde finit, la troisième ne peut pas même commencer. Pendant cette période, la présomption de mort domine; elle donne lieu à l'*envoi en possession définitif*, et elle peut durer indéfiniment.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

« S'il y a *nécessité* de pourvoir à *l'administration* de *tout* ou *partie* des biens laissés par une personne *présumée absente*, et qui n'a point de *procureur fondé*, il y sera statué par le *tribunal de première instance*, sur la demande des *parties intéressées* (art. 112, Cod. civ.). »

Ainsi, pour qu'une mesure quelconque soit prise

à l'égard des biens d'un individu éloigné de son domicile, il faut d'abord ce concours de circonstances qui, donnant à son éloignement et à son silence une physionomie extraordinaire, fait naître l'inquiétude ou au moins l'étonnement. L'appréciation des faits constitutifs de la présomption d'absence est abandonnée à la sagesse des tribunaux.

Il faut ensuite que la nécessité réclame des mesures. Une procuration laissée par l'individu qui s'est éloigné est souvent exclusive de cette nécessité; mais elle ne l'est pas toujours, car le procureur fondé peut n'avoir reçu que des pouvoirs spéciaux. De même il peut être nécessaire de pourvoir à l'administration de certains biens seulement, et de prescrire certaines mesures limitées. La nécessité, la nature et l'étendue des mesures à prendre seront déterminées par les tribunaux selon les circonstances.

Il résulte de la discussion de l'art. 112, Cod. civ., au conseil d'état, et de la nature même des choses, que la présomption d'absence doit être proclamée par le tribunal du dernier domicile de l'individu dont on n'a pas de nouvelles : ce tribunal est le mieux à portée d'apprécier les faits d'où cette présomption peut résulter. Mais, si les biens du présumé absent sont situés dans le ressort d'un autre tribunal, c'est à celui-ci à juger de la nécessité de pourvoir à leur administration totale ou partielle, et de l'opportunité des mesures réclamées.

Les parties intéressées dont parle l'art. 112 ne sauraient être les héritiers présomptifs, ou autres personnes ayant des droits subordonnés à la condi-

tion du décès de l'absent, car, pendant la première période, la présomption de vie domine. Ces parties intéressées sont donc les personnes qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel. Ainsi, un créancier a intérêt à ce que le présumé absent soit représenté par quelqu'un contre qui il puisse diriger une demande qui amène un jugement contradictoire. Un propriétaire dont le présumé absent était fermier ou locataire peut avoir intérêt à faire cultiver des champs délaissés, à faire occuper et soigner une habitation abandonnée. Dans ces cas, il est évident que le tribunal nommera un curateur avec lequel le créancier et le propriétaire pourront débattre leurs droits : celui-ci pourra même, selon les circonstances, soulever une question de résiliation de bail.

C'est encore un curateur que le tribunal nommera sur la demande des créanciers, si l'absent a laissé sans culture ses propres domaines et sans surveillant ses propres capitaux. La femme qui doit trouver dans la fortune du mari un bien-être convenable, les enfants qui, même majeurs, peuvent avoir des aliments à lui demander, sont aussi des parties intéressées à la nomination d'un curateur.

Un associé de l'absent, lié par le contrat social qui exige pour la gestion le concours commun, est intéressé à obtenir l'autorisation de gérer seul. Le propriétaire d'un meuble ou d'un titre déposé chez l'absent est intéressé à faire faire une perquisition dans son domicile et même dans ses papiers, sauf au tribunal à l'ordonner avec toutes les précautions de nature à empêcher des abus.

On voit, par ces exemples, quelles peuvent être les parties intéressées, et l'on juge de la diversité des mesures. « Ce que peuvent les tribunaux, est-il dit dans l'exposé des motifs, en faveur de celui qui, par son éloignement, s'est exposé à des poursuites, c'est de se borner aux actes absolument nécessaires pour que, sur ses biens, il soit satisfait à des demandes justes. »

Il est évident que, dans les cas où le tribunal nommera un curateur, il devra déterminer, selon les circonstances, la nature de ses pouvoirs. Les jugements rendus contradictoirement avec ce curateur auront l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'absent : en effet, quelle garantie offrirait aux tiers une intervention qui serait purement précaire ?

L'art. 859, Cod. pr., veut que toute mesure soit sollicitée par requête présentée au président du tribunal : il faut y joindre les pièces et documents de nature à éclairer la religion des magistrats. Le jugement est ensuite rendu après le rapport d'un juge et sur les conclusions du ministère public.

L'art. 113, Cod. civ., se plaçant dans une hypothèse spéciale, exige que le présumé absent, intéressé dans des inventaires, comptes, partage et liquidation de succession, de communauté ou de société, soit représenté par un notaire que le tribunal commet sur la demande de la partie la plus diligente.

En appelant un notaire à représenter le présumé absent dans des *comptes et partage de succession*, la loi fait uniquement allusion à des successions qui étaient ouvertes au moment où la présomption d'ab-

sence a commencé, car on verra les art. 135 et 136 exclure, au moins provisoirement, le présumé absent des successions ouvertes à une époque postérieure.

Mais on ne saurait nier la nécessité de faire représenter l'absent, même à propos de ces dernières successions, quand il ne s'agit que d'en dresser l'inventaire. En effet, l'art. 137, Cod. civ., lui réserve la faculté de les réclamer : il est donc dès à présent *intéressé* à l'inventaire, selon l'expression même de l'art. 113. Et comment supposer que la loi n'ait pas voulu admettre une précaution qui protége logiquement un intérêt sans blesser aucun droit?

Si, incidemment à un compte ou à un partage, en matière de succession, de communauté ou de société, il s'élève une contestation, le notaire n'a pas qualité pour la porter en justice ni pour y défendre; sa mission n'est pas de plaider, mais de représenter l'absent dans les opérations déterminées par la loi : les coïntéressés de celui-ci doivent, en pareil cas, lui faire nommer un curateur spécial.

L'art. 7 de la section 2 du titre 1er de la loi du 29 septembre 1791 déclarait que les notaires ne pourraient pas recevoir les actes provoqués par la société ou la succession dans laquelle ils représenteraient un absent. Ce principe doit être encore admis aujourd'hui : il est fondé sur une incompatibilité réelle entre le caractère d'officier public et celui de mandataire.

Il résulte enfin des art. 838 et 840, Cod. civ., que le partage dans lequel un notaire a représenté

un présumé absent n'est pas définitif, mais seulement provisionnel, s'il n'a pas été fait en justice.

L'art. 114, Cod. civ., charge spécialement le ministère public de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes : il ajoute qu'il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent. Le ministère public a donc un double droit, un double devoir. Obligé de se faire entendre au nom des présumés absents, il doit *conclure* dans les causes qui les concernent; chargé de veiller à leurs intérêts, il doit *agir* quand l'occasion le commande. Conclure, agir, sont deux choses distinctes dans le texte et dans la pensée de la loi. Sans doute, le droit d'agir n'entraîne pas pour le ministère public la mission de gérer lui-même les biens des présumés absents, ou d'exercer les droits et les actions qui leur appartiennent ; mais il comprend celui de requérir toutes les mesures utiles, ou les modifications exigées par les circonstances à celles qui ont pu être ordonnées précédemment.

Le droit d'agir renferme celui d'appeler. Appeler, c'est agir devant une juridiction nouvelle.

CHAPITRE II.

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

Après un certain temps, la présomption d'absence doit faire place à un ordre de choses plus grave et plus fécond. En effet, à mesure que l'éloignement et

le silence d'un individu se prolongent, l'incertitude augmente : une nouvelle période commencera donc par un jugement qui déclarera l'absence; dès lors, celle-ci sera considérée comme un fait et non plus comme une simple présomption. Dans la première période, la loi ne doutait pas encore de la vie de l'absent, elle n'autorisait que des mesures nécessaires et discrètes; dans la deuxième période, le doute sera absolu, les mesures plus hardies n'auront pas besoin d'être nécessaires, et il suffira qu'elles soient prudentes.

L'art. 115 prévoit le cas où la personne qui a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence n'a point laissé de procuration, alors c'est après quatre ans que les parties intéressées peuvent demander la déclaration d'absence.

De l'art. 115 il faut immédiatement rapprocher l'art. 121, qui prévoit au contraire le cas où l'absent a laissé une procuration; alors la déclaration d'absence ne peut être poursuivie qu'après dix ans.

Si l'absent n'a jamais donné de nouvelles, les quatre ans ou les dix ans se comptent du jour de la disparition; si, depuis lors, il a donné de ses nouvelles, c'est du jour des dernières nouvelles qu'il faut compter. Mais les art. 115 et 121 veulent-ils indiquer la date de ces dernières nouvelles ou le jour de leur réception? Au premier abord, il paraît plus logique de prendre leur date même pour point de départ; en effet, si l'incertitude cesse avec la date, c'est aussi avec elle qu'elle recommence. Néanmoins, il faut distinguer : s'agit-il de nouvelles directement

transmises par l'absent, il est conforme à l'équité et, sans doute, à l'esprit de la loi de calculer à partir de leur réception seulement, car le délai nécessaire pour la transmission des nouvelles par les voies usitées est un fait indépendant de la volonté de l'homme, et qui ne saurait tourner au désavantage de l'absent; s'agit-il, au contraire, de nouvelles apportées par un tiers et qui peuvent être fort anciennes, c'est à leur date ou tout au moins à l'époque où elles seraient arrivées par la voie ordinaire qu'il sera souvent indispensable de s'en tenir.

Peu importe, selon l'art. 122, que la procuration laissée par l'absent vienne à cesser par quelque cause que ce soit, elle n'en révèle pas moins une absence calculée; dans ce cas, encore, l'incertitude étant moindre, le jugement de déclaration ne peut être provoqué qu'après les dix ans. Ainsi, dès que la procuration aura cessé, il n'y aura lieu qu'aux mesures très-provisoires qui caractérisent la simple présomption d'absence.

La loi n'indique pas quelle espèce de procuration l'absent doit avoir laissée. Nul doute ne s'élèvera sur la nécessité d'attendre dix ans, quand la procuration sera générale; mais, si elle est spéciale, les tribunaux apprécieront les motifs qui l'ont dictée; en pareil cas, ils ne sauraient avoir à résoudre qu'une question d'intention.

Si la procuration est pour un temps déterminé et qui excède dix ans, je ne doute pas que la déclaration d'absence ne puisse néanmoins être provoquée après dix ans : l'économie de la loi ne saurait être

dérangée par des calculs et des prévisions d'un ordre privé. Mais, si l'on songe que les tribunaux ont une sorte de pouvoir discrétionnaire quand il s'agit d'apprécier l'opportunité d'une déclaration d'absence, il est évident que le terme donné à la procuration par l'absent lui-même pourrait être non pas un motif unique, mais un des motifs de nature à faire rejeter la demande.

La loi n'indique pas à quel tribunal la déclaration d'absence doit être demandée; il est certain que c'est à celui du dernier domicile de l'absent. Quant à la forme à suivre, elle est naturellement la même que pour faire prononcer la simple présomption d'absence (860, Cod. pr.).

Quelles sont les parties intéressées qui ont le droit de provoquer la déclaration? Ce ne sont plus, comme dans l'art. 112, les créanciers, associés ou autres tiers de même nature. Ceux-ci n'ont, en effet, aucun intérêt légal à ce que l'absence soit déclarée : il leur suffit de solliciter les mesures provisoires qui caractérisent la première période; en d'autres termes, qu'il y ait ou non déclaration d'absence, l'exercice de leurs droits n'en devient ni plus ni moins facile. Mais nul doute que les héritiers présomptifs ne soient des parties intéressées, dans le sens de l'art. 115; car, ainsi qu'on le verra, la déclaration d'absence entraîne l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent, et c'est précisément au profit des héritiers présomptifs qu'il est ordonné.

Les héritiers présomptifs sont-ils seuls compris dans ces termes : *parties intéressées?* Le décider

ainsi, ce serait donner un sens bien exclusif à des termes bien généraux. Il faut donc y comprendre tous ceux qui ont, sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès ; par exemple, l'époux pour ses gains de survie, le donataire de biens à venir par contrat de mariage, véritable héritier contractuel ; les légataires universels et particuliers, le nu propriétaire d'immeubles dont l'absent a l'usufruit. Peu importe qu'il soit dit dans l'art. 123, Cod. civ., que toutes ces personnes ne pourront exercer provisoirement leurs droits que lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession : cet article ne statue que pour le cas qui se présentera le plus fréquemment, et comment justifierait-on la loi, si on décidait qu'elle a voulu que l'insouciance ou le défaut d'intérêt des héritiers paralysât d'autres droits tout aussi légitimes?

La déclaration d'absence étant demandée, le tribunal rend un premier jugement qui ordonne une enquête (art. 116, Cod. civ.).

Le procureur du roi envoie ce premier jugement au ministre de la justice, qui doit le rendre public par la voie du Moniteur (art. 118, Cod. civ.).

L'enquête a lieu contradictoirement avec le procureur du roi, c'est-à-dire que celui-ci peut opposer des témoins cités à sa requête à ceux que la partie intéressée fait entendre.

Cette enquête se poursuit devant le tribunal du domicile de l'absent, et devant celui de sa résidence, si, au moment de sa disparition, le domicile et la résidence étaient distincts (art. 116, Cod. civ.).

Ainsi, deux enquêtes peuvent être nécessaires : dans ce cas, la seconde a lieu en vertu d'une commission rogatoire adressée par le tribunal du domicile à celui de la résidence.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'il ne paraît pas que les règles relatives aux enquêtes, et consacrées par les art. 252 et suiv., Cod. pr., doivent toutes être rigoureusement observées. Ainsi, il n'est pas nécessaire d'assigner l'absent comme défendeur à l'enquête, puisque ce rôle appartient véritablement au procureur du roi : les reproches de témoins, fondés sur des rapports de parenté, d'alliance ou d'amitié, et même sur d'autres causes, ne sauraient être admis; car, repousser certains témoignages, ce serait souvent priver le tribunal des seules lumières qu'il puisse avoir : l'enquête déclarée nulle pourra être recommencée. Tel est, sur ces divers points, le sentiment de M. Duranton, n° 423.

Enfin, l'art. 117, Cod. civ., confie au tribunal une sorte de pouvoir discrétionnaire que réclamait la nature même des choses, en l'appelant à puiser dans les circonstances dont la physionomie peut varier à l'infini, des éléments d'une libre conviction.

Il devra y avoir un an d'intervalle entre le jugement qui aura ordonné l'enquête et le jugement même de déclaration d'absence (art. 119, Cod. civ.) : celui-ci devra être rendu public par la même voie que l'autre (art. 118, Cod. civ.). Cette nouvelle publicité est un second appel fait à l'absent.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE L'ABSENCE.

Section 1re. — *Des effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition.*

La déclaration d'absence donne lieu à l'envoi en possession des biens que l'absent possédait au jour de sa disparition : l'envoi provisoire caractérise la seconde période; l'envoi définitif formera la troisième.

L'envoi provisoire est prononcé, selon l'art. 120, *en vertu* du jugement qui aura déclaré l'absence. Il ne faut pas conclure de ces termes que deux jugements séparés soient toujours nécessaires. Cette opinion de M. Locré est une erreur manifeste; le Code civil exige qu'il y ait un intervalle d'un an entre le jugement qui ordonne une enquête et celui qui déclare l'absence, mais il ne fixe nulle part un intervalle entre ce dernier jugement et l'envoi provisoire. La cause doit, sans doute, précéder l'effet, mais rien n'empêche que l'effet n'accompagne la cause.

L'envoi provisoire a lieu au profit des héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et non pas au profit des héritiers présomptifs au jour de la déclaration d'absence. Cette distinction faite par l'art. 120 est importante, car les mêmes personnes ne sont pas toujours héritières aux deux époques : par exemple, Paul et Pierre, cousins ger-

mains de l'absent, peuvent être ses plus proches parents au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles; Paul et un enfant de Pierre décédé dans l'intervalle peuvent être les plus proches parents au moment de la déclaration d'absence. Si l'on se place à cet instant, Paul devra obtenir seul l'envoi provisoire, car, d'après le système actuel des successions, le cousin germain venant à la succession d'un cousin germain exclut les enfants d'un troisième cousin. Si, au contraire, l'on se place à l'époque de la disparition, les deux cousins germains étaient alors simultanément héritiers présomptifs: celui qui est mort a donc transmis à son enfant des droits qu'il avait acquis avant son décès.

Le principe adopté par la loi ne me paraît pas logique. En effet, pendant la période de présomption d'absence qui dure cinq ans au moins et onze ans au plus, la présomption de vie domine, les parties intéressées à provoquer les mesures nécessaires sont toutes celles qui ont un intérêt autre que celui qui ferait supposer le décès du présumé absent : or, je conçois très-bien que si l'éloignement et le silence se prolongent, un temps devra arriver où la présomption de mort neutralisera la présomption de vie; mais pourquoi ne pas laisser subsister celle-ci pour le passé? Pourquoi faire rétroagir celle-là jusqu'au moment de la disparition ou des dernières nouvelles? Pourquoi ne pas laisser à l'époque de neutralité son commencement isolé et individuel? La rétroactivité que je signale est destructive de l'économie que la loi semblait elle-même s'être proposée, elle efface toute

progression, et voilà que la première période sera comme si elle n'avait jamais été, parce que la seconde, dès son début, la dévore et l'absorbe.

Quoi qu'il en soit, il ressort de l'art. 120 cette règle générale que le droit de demander l'envoi provisoire est acquis à celui qui est héritier présomptif au jour de la disparition ou des dernières nouvelles; qu'il ne peut le perdre par des changements survenus soit dans l'ordre de la parenté, soit même dans la législation; que le droit est transmissible à ses propres héritiers *ab intestat* ou testamentaires, et qu'il peut être cédé ou vendu; enfin, que ses créanciers peuvent exercer en son nom le droit qui se serait réalisé pour lui s'il eût vécu.

L'art. 120 ne comprend dans l'envoi provisoire que les biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles; il en exclut donc les biens qui sont échus à une époque postérieure, et j'ai déjà annoncé que ceux-ci étaient spécialement régis par les art. 135 et suivants. Toutefois, il peut arriver que les personnes appelées par la loi à les recueillir n'aient pas méconnu l'existence de l'absent: dans ce cas, les droits de ce dernier ont dû être exercés par un curateur pendant la période de présomption d'absence; or, après l'envoi provisoire, le mandataire que la justice avait nommé doit se dessaisir, les envoyés en possession étant désormais les seuls mandataires légaux.

Lorsque l'envoi provisoire a été prononcé au profit des héritiers présomptifs, toutes les personnes qui ont des droits également subordonnés à la condition

du décès peuvent les faire valoir (art. 123, Cod. civ.). J'ai dit ci-dessus quelles étaient ordinairement ces personnes; j'ai même dit que, dans l'inaction des héritiers présomptifs, elles pouvaient directement provoquer la déclaration d'absence et faire prononcer en leur faveur un envoi en possession des biens sur lesquels leurs droits s'étendent; j'ajoute qu'elles devront mettre en cause les héritiers, afin de faire constater le refus de ceux-ci ou leur mauvaise volonté.

Il est bien certain, d'après ce qui précède (art. 123, Cod. civ.), que le testament, s'il en existe un, devra être ouvert : il peut l'être même sur la réquisition du procureur du roi (1).

Ceux qui ont obtenu la possession de la totalité ou d'une partie seulement de la fortune de l'absent ne sont vis-à-vis de lui que des dépositaires; ils doivent se borner aux actes de simple administration; ils sont comptables envers lui s'il reparaît ou si l'on a de ses nouvelles (art. 125) : s'il meurt, ils sont

(1) Lorsque l'absent est marié, l'époux présent peut (art. 124) empêcher l'envoi provisoire, il est alors l'administrateur légal de la fortune commune : quelle que soit sa détermination, elle nécessite l'application de principes particuliers qu'il me paraît impossible d'exposer sans entrer profondément dans des matières encore inconnues. Quand j'aurai développé le titre du contrat de mariage, je ferai un appendice où la position de l'époux présent, ses droits, ceux de l'absent, ceux des autres parties, modifiés selon les divers régimes sous lesquels le mariage a été contracté, pourront être expliqués avec netteté et étudiés avec fruit.

Je continue donc à parler des biens de l'absent comme s'il n'était pas marié.

comptables envers les héritiers qui sont les plus proches à l'époque de son décès.

Ils ne sont tenus de rendre à l'absent que le cinquième des revenus s'il reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de son départ, et le dixième s'il reparaît après les quinze ans : après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur est acquise (art. 127).

Cette disposition sert à déterminer le véritable caractère de l'administration des possesseurs. Ils exercent un mandat salarié, et dès lors, selon le principe consacré par l'art. 1992, Cod. civ., la responsabilité relative aux fautes qu'ils peuvent commettre dans leur gestion doit leur être appliquée plus rigoureusement qu'elle ne le serait à des mandataires gratuits.

Il faut encore décider qu'évidemment tenus aux réparations d'entretien les possesseurs ne pourront, un jour, porter en dépense dans leur compte que la quotité de ces réparations qui excédera la part proportionnelle qu'ils garderont dans les revenus.

Quant aux grosses réparations, ils devront les faire, mais elles seront en définitive à la charge de l'absent, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut d'entretien (voy. art. 605 et 606, Cod. civ.).

La durée des baux qu'ils peuvent passer, et l'époque où le renouvellement des baux est permis, sont déterminées par les art. 1429 et 1430 faits pour le mari administrateur des biens de sa femme, et que les art. 1718 et 595 rendent applicables aux baux

des biens des mineurs et à ceux qui sont passés par les usufruitiers. L'analogie est évidente.

Il peut arriver que l'héritier présomptif au jour des dernières nouvelles, se laissant gagner de vitesse par un cohéritier ou par un parent d'un degré plus éloigné, n'obtienne pas l'envoi provisoire. Nul doute qu'il n'ait une action pour se faire adjuger la possession des biens sur lesquels son droit s'étend ; cette action, dont la durée ne saurait être régie que par les principes généraux, se prescrira par trente ans, qui dateront de l'envoi provisoire si celui qui réclame est un héritier collatéral. Mais l'action ne saurait comprendre la restitution des fruits perçus antérieurement à la demande par ceux qui ont possédé de bonne foi, c'est-à-dire qui ont ignoré l'existence du retardataire, ou qui l'ont mis en demeure d'exercer ses droits (art. 550 , Cod. civ.).

Les possesseurs provisoires sont encore tenus à donner caution (art. 120, 123). La solvabilité de la caution doit, sans doute , être débattue avec le procureur du roi, et, comme il s'agit d'une caution légale, c'est par l'art. 2040, Cod. civ., que doivent être déterminées les conditions qu'elle doit remplir. A défaut de caution, ou d'un gage suffisant (art. 2041), le jugement de déclaration d'absence demeure sans effet, et le tribunal de la situation des biens continue de pourvoir à leur sûreté comme auparavant.

Les envoyés en possession doivent enfin faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur du roi ou d'un

juge de paix requis par ce magistrat (art. 126).

Le tribunal ordonne, s'il le juge convenable, la vente de tout ou partie du mobilier. La loi ne dit pas que la vente devra nécessairement avoir lieu en justice et non à l'amiable, mais l'on conçoit difficilement qu'un tribunal n'ordonne pas une vente judiciaire, qui offre seule des garanties complètes.

Dans le cas de vente, il sera fait emploi du prix, ainsi que des fruits échus avant l'envoi, qui doivent être capitalisés.

Dès que la loi exige un *emploi*, elle ne se contente pas d'un simple placement. Les deniers devront donc être employés soit en réparations des biens, autres que celles dont les possesseurs sont personnellement tenus, soit en acquisitions d'immeubles, soit en rentes sur l'état, soit enfin en prêts sur hypothèques. La prudence le veut ainsi. Tel est, au reste, le devoir imposé aux détenteurs de deniers qui doivent être conservés et rendus par suite d'une substitution. L'analogie entre les deux hypothèses est complète.

Toutefois, dans la dernière, l'art. 1068, Cod. civ., charge un tuteur de veiller à la régularité de l'emploi; dans la première, elle ne confie à personne cette utile mission : l'on a même à déplorer l'impuissance du ministère public qui n'est chargé de veiller qu'aux intérêts des présumés absents. Voilà donc un dépôt que les envoyés en possession peuvent ne pas conserver et qu'ils auront dissipé impunément si, plus tard, ils sont insolvables.

La loi ne prescrit aucune mesure relative aux im-

meubles de l'absent. C'est aux envoyés en possession à requérir pour *leur sûreté* (art. 126) que l'état des immeubles soit constaté par un expert nommé par le tribunal du lieu où ces immeubles sont situés : s'ils ne prennent pas cette précaution, ils seront censés avoir reçu la possession d'immeubles en bon état. Le rapport de l'expert doit être homologué par le tribunal sur les conclusions du procureur du roi. Les frais en sont pris sur les biens de l'absent (art. 126): il en est, sans doute, de même des frais de l'inventaire du mobilier.

L'art. 128 déclare que les possesseurs provisoires ne peuvent *aliéner* les immeubles de l'absent. C'est là une conséquence forcée du caractère de leur possession. Ainsi, ils ne peuvent les vendre, les donner, les échanger, les grever d'une servitude, sauf les droits que des tiers pourraient acquérir par prescription. La loi dit encore qu'ils n'ont pas le droit de les hypothéquer (1).

La prohibition d'aliéner n'est littéralement exprimée qu'à l'égard des immeubles ; mais, pour se conformer à l'esprit de la loi, il faut l'appliquer aussi aux meubles dont le tribunal n'a pas ordonné la vente. A quoi bon, en effet, l'intervention du tribunal si, après qu'il a décidé, en présence des circonstances et des véritables intérêts de l'absent, que certains meubles seront conservés, les possesseurs peuvent prendre arbitrairement une détermination

L'art. 2126 révèlera plus tard certaines modifications relatives à l'hypothèque.

contraire ? Néanmoins comme, en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279, Cod. civ.), les tiers de bonne foi qui auront acquis ces meubles en conserveront la propriété, mais aussi l'absent aura un recours contre les envoyés en possession pour obtenir le remboursement du prix mentionné dans l'inventaire et même des dommages-intérêts (art. 1382, Cod. civ.).

Si l'absent reparaît pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement de déclaration d'absence cessent à l'instant (art. 131). Le propriétaire, de retour, reprend donc ses biens, et peut exiger des possesseurs provisoires les comptes qui lui sont dus.

Pendant la même période, l'existence de l'absent peut être prouvée sans qu'il reparaisse ; alors encore il n'y a plus de déclaration d'absence, plus d'envoi provisoire, mais le tribunal doit au moins substituer à cet ordre de choses des mesures de conservation telles qu'elles seront prescrites par les circonstances. S'il croit devoir maintenir en possession ceux qui avaient obtenu l'envoi provisoire, il est évident que le titre de leur possession sera changé, et qu'ils ne seront plus que de simples curateurs.

Enfin, il est dans l'esprit de l'article 131 de faire cesser les effets de la déclaration d'absence, si les envoyés en possession sont instruits d'une manière quelconque de l'existence de l'absent. Leur possession continuera, sans doute, si celui-ci ne reparaît pas, et si nul mandataire ne provoque, en son nom, un nouveau jugement ; mais, comme ils auront possédé malgré une conviction qui devait les

porter à se dessaisir eux-mêmes, ils auront perdu tout droit aux fruits. Leur mauvaise foi et le moment précis où elle aura commencé sont des questions de fait abandonnées à l'appréciation des tribunaux.

Ici commence le tableau de la troisième période.

S'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire, c'est-à-dire, depuis le jugement qui l'a ordonné, il est temps que la propriété cesse d'être incertaine; il en est temps encore s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, car il a atteint le terme le plus long que la loi puisse moralement assigner à la vie humaine. Dans ces deux cas, l'envoi en possession doit devenir définitif (art. 129).

C'est encore le tribunal du lieu où l'absent avait son domicile, au moment de son départ, qui prononcera cet envoi. Un nouveau jugement est donc nécessaire, et, pour qu'il soit rendu en connaissance de cause, il faut, malgré le silence de la loi, une nouvelle enquête.

Par le seul laps des trente ans ou des cent ans, les cautions sont déchargées selon les termes absolus de l'art. 129 : ainsi, non-seulement il n'y a plus besoin de cautions pendant l'envoi définitif, mais l'obligation de celles qui avaient été données cesse de plein droit dès le moment où cet envoi peut être demandé.

Il m'est impossible de croire, avec M. Duranton, n° 502, que les cautions soient déchargées même pour le passé, c'est-à-dire que l'absent soit désor-

mais privé de tout recours contre elles pour des faits d'administration antérieurs à l'envoi définitif. L'article 120, Cod. civ., exige des cautions pour sûreté de l'administration des possesseurs provisoires ; or, un cautionnement qui ne durerait pas autant que l'obligation principale ne saurait répondre au vœu de la loi. « Les cautions, dit l'auteur cité, n'ont point cautionné les faits de la gestion considérés isolément, mais bien la gestion dans son ensemble, et leur obligation à cet égard ayant commencé au jour de l'envoi en possession provisoire, s'est éteinte par la prescription de trente ans. » Qu'est-ce, en vérité, que l'ensemble d'une gestion? Peut-on ne pas y voir des faits isolés et successifs appelant la responsabilité principale de leurs auteurs et, dès lors, la responsabilité subsidiaire que d'autres ont acceptée?

Par l'envoi définitif, les dépositaires deviennent propriétaires. Toutefois, l'absent peut reparaître. Or, il est certain qu'à aucune époque la prescription ne saurait lui être opposée ; donc la loi avait à établir une conciliation entre le droit de propriété de l'un, qui est imprescriptible, et le droit de propriété des autres, qui doit avoir aussi sa réalité.

C'est à quoi la loi s'applique désormais.

Selon l'art. 132, Cod. civ., l'absent reprendra ses biens, mais dans l'état où ils se trouveront. Ainsi, simples administrateurs avant l'envoi définitif, et, à ce titre, comptables envers l'absent pour les faits accomplis avant ce nouvel ordre de choses, les possesseurs auront pu postérieurement user des biens comme de leur chose propre.

Le même article valide expressément les aliénations faites par les possesseurs définitifs. Ces aliénations sont irrévocables sans que les détenteurs actuels aient besoin d'invoquer aucune prescription. Mais l'absent pourra se faire restituer le prix des biens aliénés. Toutefois, il faut qu'il s'agisse d'une aliénation à titre onéreux; si les biens ont été donnés, la donation est valable comme ayant sa source dans le droit de propriété des donateurs, et ceux-ci n'ayant rien reçu n'ont rien à restituer.

Le prix que l'absent peut réclamer est le prix réellement reçu par les vendeurs; si donc il y a eu simulation à cet égard, il pourra la prouver.

Obligé de respecter les aliénations, l'absent pourra néanmoins, ce me semble, exercer les actions en reprise qui appartenaient aux possesseurs définitifs; par exemple, l'action en revendication, en réméré, en rescision.

L'art. 132 l'autorise encore à réclamer les biens achetés avec le prix de ses propres biens vendus; toutefois, les tribunaux auront à juger si les nouveaux biens ont été réellement payés avec le prix des premiers; si, dans ce cas, ils ne sont pas d'une valeur supérieure, et si, dès lors, l'absent ne doit pas tenir compte de la différence. Il paraît être dans l'esprit de la loi que l'absent ne puisse prétendre à ces biens, en nature, que dans le cas où les possesseurs définitifs ne préfèreraient pas lui offrir le prix de ceux qui ont été vendus. La vente, en effet, a été légitime : si les possesseurs ont eu le droit de vendre, ils ont eu le droit d'acheter des biens nouveaux;

le droit de propriété consacre le double contrat, et quand les vendeurs sont prêts à restituer le prix des biens primitifs, qu'est-ce que l'absent pourrait exiger de plus, sans arbitraire?

Les envoyés en possession définitive ne sauraient s'enrichir aux dépens de l'absent; ils doivent donc restituer à celui-ci les sommes qu'ils ont reçues de ses débiteurs.

Je crois aussi qu'ils doivent restituer la valeur des dégradations qu'ils ont commises sur les biens, en abattant, par exemple, des arbres à fruit pour les vendre, ou en démolissant un édifice pour en vendre les matériaux, surtout si de tels actes révèlent un calcul fait dans la prévision du prochain retour de l'absent. N'est-ce pas là, en effet, une aliénation indirecte?

Mais, s'il s'agit de dégradations qui soient le résultat d'une administration négligente ou inhabile, c'est le cas d'appliquer le principe que l'absent reprend ses biens dans l'état où il les trouve : alors, en effet, les possesseurs n'ont pas su user de leur droit de propriété, mais ils n'en ont pas abusé.

Cette distinction me paraît fondée sur la nature des choses et sur l'esprit de la loi; néanmoins, M. Duranton, n° 509, fait de toute espèce de dégradations une cause d'indemnité.

Il enseigne, au reste, que les restitutions dues par les possesseurs, soit qu'il s'agisse de sommes reçues, de dégradations commises ou du prix des biens aliénés, doivent, non pas être intégrales, mais se borner à ce dont les envoyés en possession ont

profité, *quatenus locupletiores facti sunt.* Cette opinion, qui peut être très-conforme aux lois romaines que l'auteur extrait du titre du Digeste, *de hæredit. petitione*, est certainement une violation manifeste de l'art. 132, Cod. civ. En effet, cet article proclame le respect le plus absolu pour les droits des tiers qui, pendant l'envoi définitif, ont acquis les biens de l'absent, il ne veut pas qu'ils soient dépossédés, il leur sacrifie pleinement les droits de celui-ci; mais quand le titre de propriétaire qui appartient à l'absent se place en présence du titre semblable des envoyés en possession, il le domine de toute la hauteur d'un droit primitif, imprescriptible, inviolable dans son essence; il n'a donc pas d'atteinte à subir, et dès lors entre l'absent et les envoyés en possession toutes les restitutions doivent être intégrales.

L'absent qui reparaît pendant l'envoi définitif n'a plus, en principe, aucun droit aux fruits : mais aurait-il un droit spécial à des fermages passés et encore dus par les fermiers? Non, car les fermages sont des fruits civils qui, selon la disposition expresse de l'art. 586, Cod. civ., s'acquièrent jour par jour et appartiennent dès lors aux envoyés, à proportion de la durée de leur jouissance.

Tous les effets produits par le retour de l'absent et qui viennent d'être développés ont également lieu à dater du jour où son existence est prouvée (art. 132.)

Aux termes de l'art. 133, Cod. civ., les enfants et descendants directs de l'absent peuvent, dans les trente ans à compter de l'envoi définitif, demander

la restitution de ses biens telle qu'il aurait pu l'obtenir lui-même.

Il résulte évidemment de cet article que les héritiers collatéraux les plus proches à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles, qui, se laissant devancer par d'autres, auraient négligé de se faire envoyer en possession provisoire, ne pourraient plus réclamer après l'envoi définitif. En effet, celui-ci n'est ordinairement prononcé que trente ans après l'envoi provisoire, il suppose donc une prescription accomplie contre les retardataires. C'est seulement au profit des enfants et descendants directs de l'absent que la loi prolonge jusqu'à trente ans après l'envoi définitif le droit de réclamer, dont la durée, ainsi qu'on l'a vu, n'a pas de limites pour l'absent placé dans une position plus favorable encore.

Si l'envoi définitif a été prononcé parce qu'il s'était écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, et avant trente ans à dater de l'envoi provisoire, je ne saurais admettre une exclusion immédiate contre les collatéraux retardataires; leur droit ne peut périr que par une prescription de trente ans, et l'envoi provisoire est pour celle-ci l'unique point de départ.

Mais, quelle que soit l'époque qui détermine l'envoi définitif, les enfants et descendants directs seront toujours non recevables à réclamer, trente ans après cet envoi.

Enfin, les possesseurs ne pourraient opposer aucune prescription aux enfants et descendants directs, s'ils n'avaient pas fait prononcer l'envoi définitif, quelque longue qu'eût été la possession provi-

soire; car la loi ne sacrifie le droit de ces enfants qu'à une jouissance fondée sur un titre n'ayant plus rien de précaire.

Désormais, la faveur de la loi me paraît épuisée, et je ne crois pas que le délai de trente ans soit suspendu par la minorité des enfants ou descendants directs, en vertu de l'art. 2252, Cod. civ., qui, en général, suspend la prescription contre les mineurs; les trente ans dont il s'agit sont déjà une prolongation et une faveur: cette vérité est, à mes yeux, la meilleure preuve qu'il ne peut plus y avoir lieu à une prolongation et à une faveur nouvelles. Un privilége spécial est le produit d'une intention spéciale; le cumuler avec un privilége général, c'est fausser l'esprit de la loi et provoquer des résultats exorbitants.

En accordant aux enfants et descendants directs de l'absent le droit de réclamer ses biens trente ans après l'envoi définitif, l'art. 133 suppose, sans doute, que son décès n'est pas prouvé, car si la preuve légale en est acquise, la succession est ouverte, du jour du décès, au profit des héritiers les plus proches à cette époque (art. 130).

La succession peut donc s'ouvrir soit avant, soit pendant l'envoi provisoire, soit pendant l'envoi définitif. Si elle s'ouvre à l'une de ces deux dernières époques, et que ceux qui possèdent les biens soient en même temps successibles, ils deviendront propriétaires à titre d'héritiers; dans le cas contraire, ils restitueront les biens, et la restitution sera évidemment placée sous l'influence des prin-

cipes qui caractérisent la période où elle aura lieu.

Toute réclamation fondée sur une qualité qui dérive de l'ouverture de la succession sera une véritable pétition d'hérédité prescriptible par trente ans *à compter du décès*.

Néanmoins, M. Duranton pense que si le décès a eu lieu avant l'envoi définitif, les enfants et descendants directs auront le droit de réclamer pendant trente ans à partir de cette dernière époque, et cela, dit-il, parce que les descendants ayant été investis de plein droit du titre d'héritiers, les envoyés en possession provisoire auront continué, jusqu'à l'envoi définitif, à n'être, par rapport à eux, que de simples dépositaires ne pouvant prescrire (n° 512).

Je réponds que l'art. 133, qui accorde aux descendants directs trente ans à compter de l'envoi définitif, est uniquement applicable au cas où le décès n'est pas prouvé. « Les descendants, est-il dit dans l'exposé des motifs, ne doivent pas être dépouillés par les collatéraux, sous prétexte de l'envoi définitif: s'ils prouvent l'existence ou la mort de l'absent, tout droit des collatéraux cesse; *s'ils ne prouvent ni l'un ni l'autre de ces faits*, ils ont au moins dans leur qualité de descendants un titre préférable pour obtenir *la possession des biens;* néanmoins, *leur action* ne devra plus être admise s'il s'est encore écoulé trente ans depuis l'envoi définitif. » *Leur action* est évidemment celle qui a pour objet *la possession des biens*, *quand ils ne prouvent pas le décès*. Mais, s'il s'agit d'une action en pétition d'hérédité, servant de révélation au titre d'héritier, ayant dès lors sa

nature propre et son but particulier, l'exception cesse, la règle générale reprend son empire, et les trente ans doivent courir dès le moment qui a produit le titre servant de base à l'action, c'est-à-dire, à partir du décès.

L'art. 134, Cod. civ., qui termine cette section, attribue aux envoyés en possession l'exercice des divers droits qui appartiennent à l'absent, par cela même qu'il exige que les droits à exercer contre lui soient poursuivis contre eux. Toutefois, les envoyés en possession provisoire ne pourront pas acquiescer à une demande immobilière, ni même intenter une action de cette nature, sans l'homologation ou l'autorisation du tribunal; autrement, le principe qui leur interdit l'aliénation des immeubles pourrait être éludé (art. 464, Cod. civ.). Mais cette restriction ne s'applique pas aux envoyés en possession définitive, puisqu'ils peuvent aliéner directement.

SECTION II. — *Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.*

« Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande (art. 135, Cod. civ.). »

Les droits auxquels la loi fait allusion dans cet article sont, par exemple, un droit de survie déféré à un époux par contrat de mariage, un legs assigné par testament, un droit de retour établi par la loi

ou par la convention au profit d'un donateur ascendant ou étranger.

Or, quand de tels droits sont réclamés par des personnes qui prétendent qu'un individu les a recueillis et les leur a transmis, elles doivent prouver qu'ils ont, en effet, été recueillis, c'est-à-dire que celui de qui elles veulent les tenir était vivant à l'époque précise où ils se sont ouverts.

Si cette preuve n'est pas faite, l'on tiendra pour certain que le droit n'a pas été transmis, parce qu'on ne sait pas s'il a jamais été recueilli.

L'art. 136 applique ce principe général aux successions en particulier; en attendant qu'il soit prouvé que celui qui aurait recueilli une succession, s'il eût été présent, était vivant à l'époque où elle s'est ouverte, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

Il faut remarquer que les art. 135 et 136 expriment leur pensée d'une manière absolue : ils ne parlent pas d'un droit échu à un *absent*, mais bien à un individu dont l'*existence ne sera pas reconnue*; ces derniers termes ont même été substitués avec intention au premier, qui se trouvait dans le projet de loi, en sorte qu'ils excluent l'absent présumé aussi bien que l'absent déclaré.

« Toutefois, cette exclusion n'aurait pas lieu, dit M. Duranton, n° 536, à l'égard d'un individu qui a quitté son domicile depuis peu de temps pour des motifs prouvés, ni même à l'égard d'une personne

qui s'est embarquée depuis un temps trop récent pour qu'on puisse supposer son décès, ni enfin par rapport à un citoyen qui aurait envoyé une procuration dont la date serait récente. »

C'est aussi le sentiment de Toullier, n° 479.

L'observation de ces auteurs me paraît dénuée de toute portée. En effet, ou l'individu dont il s'agit donnera de ses nouvelles ou il n'en donnera pas. Dans le premier cas, il exercera tous ses droits; dans le second, la présomption d'absence sera proclamée, elle remontera au jour de la disparition ou à celui des dernières nouvelles; alors, l'existence devenant incertaine à dater de l'une de ces époques, ce sont bien elles qui devront servir de point de départ pour l'application des art. 135 et 136. Provisoirement, quel est le fait qui domine? C'est une incertitude immédiate : l'existence de l'absent peut donc être immédiatement méconnue, et dès lors, au lieu d'attendre une application ultérieure et rétroactive des articles de la loi, c'est bien une application actuelle qui doit en être faite.

Au reste, M. Duranton ajoute que « s'il s'écoulait le temps nécessaire pour que l'absence pût être *déclarée*, sans que l'individu donnât de ses nouvelles, les cohéritiers pourraient réclamer la portion de biens qui lui a été attribuée, car cette prolongation d'absence donne lieu de croire que l'art. 136 était applicable. » Ce retour fait par l'auteur sur sa propre opinion prouve que le tempérament qu'il propose aux déductions logiquement déduites du texte et du vœu de la loi est tout à fait arbitraire.

C'est ici le lieu de se demander si l'art. 136 exclut les enfants d'un absent, soit de la succession de leur aïeul, soit de celle d'un de leurs oncles. Par exemple, un absent laisse, au moment de sa disparition, des enfants, son père et un frère : le père meurt, le frère présent exclura-t-il les enfants de l'absent tant que ceux-ci ne prouveront pas que l'absent existait au moment où l'aïeul est mort? ou bien, dans le cas où l'absent avait, au moment de sa disparition, deux frères dont l'un vient à mourir, le frère survivant exclura-t-il les enfants de l'absent qui ne pourront pas prouver que leur père a survécu à leur oncle?

D'un côté, on raisonne ainsi : ou les enfants de l'absent veulent venir à la succession de l'aïeul ou de l'oncle par *représentation*, c'est-à-dire, comme faisant valoir les droits qui auraient appartenu à leur père s'il eût été vivant au moment de l'ouverture de la succession; ou bien ils veulent y venir par *transmission*, c'est-à-dire, comme exerçant les droits réellement recueillis et à eux transmis par celui-ci. Dans le premier cas, ils devraient prouver que leur père est mort avant l'ouverture de la succession, car on ne représente pas les personnes qui ont survécu au défunt ; dans le second cas, ils devraient prouver que leur père existait au moment de l'ouverture de la succession, car ce n'est qu'autant qu'il existait alors, qu'il a recueilli sa part et qu'il l'a transmise. Or, les enfants ne peuvent faire ni l'une ni l'autre preuve, donc ils sont exclus.

A ce dilemme spécieux on répond : ou l'absent vivait au moment de l'ouverture de la succession,

ou il était mort. S'il vivait, il a recueilli et transmis à ses enfants ses droits dans cette succession ; s'il ne vivait pas, il n'a rien recueilli, mais aujourd'hui ses enfants le représentent.

Cette réponse est vraie. Comment admettre, en effet, qu'à une époque donnée, un homme ne soit ni vivant ni mort? Il faut nécessairement adopter l'une ou l'autre hypothèse; or, soit dans l'une, soit dans l'autre, les enfants ne sauraient être exclus.

Les enfants peuvent avoir intérêt à exercer le droit de représentation par préférence au droit de transmission : dans le premier cas, ils recueillent des biens qui n'ont jamais appartenu à leur père; ils ne sont tenus, dès lors, qu'aux dettes dont sont grevés les biens recueillis : dans le second cas, les biens ne leur parviennent qu'après avoir passé par leur père, celui-ci transmet donc des biens qui lui sont devenus personnels et qui sont grevés dès lors de ses propres dettes. Or, les enfants pourront choisir; ce serait aux créanciers à prouver que l'absent a survécu à l'ouverture de la succession, et que dès lors ses dettes ont frappé les biens qu'il a recueillis : les enfants se bornent, en quelque sorte, à un rôle passif; les créanciers sont les véritables demandeurs.

L'absent ne saurait être irrévocablement dépouillé des droits ouverts à son profit pendant son absence. L'art. 137 lui réserve donc l'action en pétition d'hérédité, c'est-à-dire la faculté de réclamer la succession qui aura été dévolue à d'autres en vertu de l'art. 136. Elle lui réserve également l'action en pétition d'*autres droits*, c'est-à-dire des droits

auxquels fait allusion l'art. 135, comme droit de survie, legs, droit de retour, etc.

Mais l'absent, ses représentants ou ayants cause, tels qu'héritiers légitimes, légataires, héritiers contractuels, devront agir dans les trente ans à dater de l'ouverture du droit. C'est là une véritable prescription (art. 137, Cod. civ.), à laquelle on conçoit très-bien que la loi ait soumis les droits survenus *pendant l'absence;* pourquoi, en effet, l'absent n'était-il pas sur les lieux pour réclamer, ou pourquoi s'obstinait-il au silence?

Bien plus, ceux qui auront recueilli la succession garderont les fruits par eux perçus jusqu'au jour de la demande, s'ils ont été de bonne foi, c'est-à-dire s'ils ont ignoré l'existence de l'absent (art. 138, Cod. civ.).

Dans le cas contraire, ils rendront les fruits à compter du jour où leur mauvaise foi aura commencé. La bonne foi se présumant toujours (art. 2268, Cod. civ.), l'absent devra détruire cette présomption par une preuve contraire; les tribunaux auront ainsi à apprécier une question de fait abandonnée à leur libre arbitre.

Ces vérités ne sont, au reste, qu'une application spéciale des art. 549 et 550, Cod. civ., qui seront développés à leur tour (1).

(1) J'examinerai en thèse générale, au titre des successions, la question de validité des aliénations faites par l'héritier apparent, possesseur de l'hérédité, au préjudice de l'héritier véritable.

SECTION III. — *Des effets de l'absence relativement au mariage.*

La loi formulera plus tard un grand principe en ces termes : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier (art. 147, Cod. civ.). »

Quelque longue qu'ait été l'absence de l'un des époux, l'autre ne peut donc se remarier; car la dissolution du mariage n'est pas certaine tant que la preuve du décès de l'absent n'est pas acquise.

Mais il est possible que l'époux présent se remarie en surprenant la religion de l'officier de l'état civil, ou même sur la foi d'un procès-verbal qui attribue à quelque accident funeste la mort de son conjoint. La loi fait preuve alors d'une grande sagesse en s'opposant à ce que la nullité du second mariage soit prononcée. Qui peut dire, en effet, le sort du premier? qui peut répondre, dès lors, que le second ne soit pas légitime ?

L'époux absent sera seul recevable à attaquer le mariage dès que son retour aura fait cesser toute incertitude; s'il n'est pas de retour, il pourra en faire demander la nullité par un fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence (art. 139, Cod. civ.).

Cette preuve résultera de la procuration même, si elle est authentique; dans le cas contraire, il faudra une preuve indépendante de cet acte: les tribunaux apprécieront.

Ces principes s'appliquent-ils au cas où le second mariage a été contracté pendant la simple période de présomption d'absence ?

M. Duranton regarde cette question comme très-grave : cependant, je le demande, le vœu de la loi n'est-il pas que la seconde union ne puisse pas être troublée tant que le sort de la première est incertain ? Il y aura, sans doute, un empressement blâmable de la part de l'époux qui se remariera peu de temps après la disparition de l'autre; mais, si l'existence de celui-ci est réellement problématique, que faut-il de plus pour que les nouveaux liens soient protégés?

Si l'absent *de retour* n'attaque pas le second mariage, le ministère public peut-il l'attaquer en vertu des pouvoirs généraux que lui confère l'art. 184 du Code civil ?

Je conçois que la loi ait enchaîné l'action du ministère public tant que l'absent *n'est pas de retour*, mais il est impossible d'admettre que sa pensée ait été la même alors que le retour de celui-ci donne lieu à un vrai scandale public. On objecte le texte précis de l'art. 139, qui suppose le retour de l'absent et déclare que celui-ci sera *seul* recevable à attaquer le second mariage; cependant personne n'a remarqué que, dans cet article, la loi se plaçait uniquement au point de vue des intérêts matériels, et qu'elle n'établissait d'antagonisme qu'entre l'absent et d'autres personnes privées : « On a voulu, est-il dit dans l'exposé des motifs, que le mariage contracté pendant l'absence ne pût être attaqué que par l'époux même à son retour : la dignité du mariage ne per-

met pas qu'on la compromette pour *l'intérêt pécuniaire des collatéraux*. » C'est donc l'action des collatéraux intéressés à la nullité du second mariage, que la loi a voulu proscrire, c'est la dignité de l'institution elle-même qu'elle a voulu défendre contre les réclamations d'argent, mais, certes, elle n'a pas pu songer à sacrifier la morale publique en imposant silence au magistrat qui est le dépositaire de ses plus chers intérêts.

Je crois que, dans l'hypothèse où l'absent est de retour, l'époux présent qui s'est remarié et le nouvel époux peuvent demander la nullité du mariage. Il ne s'agit pas, en effet, pour eux, d'un intérêt pécuniaire, mais d'un intérêt moral; ils veulent s'arracher à un flagrant adultère. Je leur reconnais encore ce droit dès que l'existence de l'époux au préjudice duquel le second mariage a été contracté devient certaine à leurs yeux, quand même il n'est pas de retour ; alors, sans doute, l'adultère n'est pas flagrant, mais c'est encore l'adultère. Et peu importe que le second mariage ait été contracté de bonne ou de mauvaise foi, c'est toujours l'adultère.

Si, en apprenant que le premier époux vivait lors du second mariage, les époux actuels apprennent en même temps qu'il est décédé, leur vie commune n'est plus, il est vrai, l'adultère; depuis le décès de l'absent, c'est un commerce libre, mais cela suffit encore pour qu'ils fassent briser par la justice des liens illicites.

Après la mort des nouveaux époux ou de l'époux remarié, les enfants du premier mariage et même

les collatéraux auraient le droit de demander la nullité du second, car désormais ils peuvent avoir un intérêt *né et actuel* auquel la loi accorde un libre cours selon l'art. 187, Cod. civ.

Au reste, si le second mariage annulé a néanmoins été contracté de bonne foi, il produira les effets déterminés par les art. 201 et 202 que je développerai ultérieurement.

CHAPITRE IV.

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

« Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens (art. 141, Cod. civ.). »

Voilà donc la mère investie de la puissance paternelle. Néanmoins le mariage n'étant pas dissous, elle n'est pas tutrice; dès lors il n'y a pas lieu à la nomination du subrogé tuteur exigé dans toute tutelle.

La mère aura bien les droits de correction autorisés par la loi; cependant elle ne saurait exercer les pouvoirs dont elle est dépositaire avec plus d'étendue que si elle était veuve; elle devra donc se conformer à l'art. 381, Cod civ., qui ne lui permet de faire détenir un enfant que par voie de réquisi-

tion et avec le concours des deux plus proches parents paternels.

Je ne crois pas que la mère, dans la position où la place ici la loi, puisse profiter de l'usufruit légal des biens personnels de ses enfants ; l'art. 384, Cod. civ., fait de la dissolution même du mariage la condition expresse de cet usufruit. Mais, si le décès du mari venait à être prouvé, la mère serait créancière des fruits échus depuis le décès, car son titre d'usufruitière remonterait à cette époque. M. Duranton pense, au contraire, n° 521, que la mère peut se prévaloir des fruits dès que le père a disparu, sauf à les rendre à celui-ci, s'il reparaît ou donne de ses nouvelles : il attache ainsi d'avance à la présomption les effets qu'il me paraît plus logique d'attacher rétroactivement à la certitude du décès.

Si, lors de la disparition du père, la mère est décédée, l'art. 142 dit que la surveillance des enfants *sera dévolue par le conseil de famille* aux ascendants les plus proches et, à leur défaut, à un tuteur provisoire. L'on verra au titre de la tutelle que les ascendants sont tuteurs de plein droit (art. 402); l'intervention du conseil de famille est donc inutile. L'article 142 a été rédigé dans un autre sens, parce qu'à l'époque où le titre de l'absence fut adopté l'on ne savait pas encore quel principe présiderait à la tutelle des ascendants.

Au reste, ce n'est que six mois après la disparition du père (art. 142) qu'il y a lieu à la tutelle. Jusqu'à l'expiration de ce délai, les parents, les amis et même le procureur du roi prendront soin des en-

fants : la loi le veut ainsi pour qu'un tiers ne puisse pas s'immiscer immédiatement dans les affaires d'une famille.

Lorsque la mère vivante au moment de la disparition du père décède *avant* ou même *après* la déclaration d'absence (car la distinction que fait à cet égard l'art. 142 n'a aucun sens), il y a encore lieu à la tutelle.

Si l'époux qui a disparu laisse des enfants mineurs issus d'un mariage précédent, la loi n'ose se reposer sur les soins d'un beau-père ou d'une marâtre : six mois après la disparition, les enfants doivent être confiés à un tuteur.

APPENDICE. — *Des militaires absents.*

Diverses lois, à la date des 11 ventôse et 16 fructidor an 2, et 6 brumaire an 5, renfermaient des principes spéciaux sur l'absence des militaires.

On peut se convaincre , par la lecture de ces lois , qu'elles avaient un caractère tout de circonstance. Elles n'avaient pas été abrogées par le Code civil qui, en établissant un droit commun, ne changeait rien aux législations spéciales : on agitait seulement la question de savoir si ces lois renfermaient un principe contraire à celui que proclament les art. 135 et 136, Cod. civ., et l'opinion affirmative était le plus généralement admise.

Mais une loi du 13 janvier 1817 a remis en vigueur, à l'égard des militaires, le principe fonda-

mental écrit dans les deux articles ci-dessus, en sorte qu'il faut les appliquer aux successions ouvertes depuis la promulgation de cette loi. Il paraît même que la loi de 1817 a abrogé complétement les lois spéciales qui lui étaient antérieures. En effet, l'article 13 porte que les dispositions du Code civil relatives aux absents, *auxquelles il n'est pas dérogé par ladite loi*, continueront à être exécutées, d'où il est permis de conclure que la législation relative à l'absence des militaires ne se compose plus désormais que du Code civil renfermant les principes généraux et de la loi de 1817 renfermant les principes exceptionnels.

Or, cette loi dont les dispositions transitoires ne sont applicables qu'aux militaires ou marins ayant servi pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, renferme les dérogations suivantes au Code civil :

1° La déclaration d'absence peut être immédiatement demandée par les héritiers, tandis que, d'après le Code, ils sont obligés d'attendre quatre ans ou dix ans.

2° Les enquêtes sont facultatives, tandis que le Code les prescrit impérieusement.

3° La demande même en déclaration d'absence doit être rendue publique, tandis que le Code se borne à ordonner la publicité du jugement qui ordonne l'enquête et de celui qui déclare l'absence.

4° L'absence peut être immédiatement déclarée, si l'on n'a pas eu des nouvelles du militaire

depuis deux ans ou quatre ans, selon que le corps dont il faisait partie servait en Europe ou hors d'Europe : d'après le Code, au contraire, l'absence ne peut être déclarée qu'un an après la demande et dès lors que cinq ans ou onze ans après la disparition ou les dernières nouvelles.

J'ai déjà cité cette loi, au titre des actes de l'état civil, comme renfermant des dispositions particulières relatives à la preuve des décès.



TITRE V.

DU MARIAGE.

Le mariage est la société légitime de l'homme et de la femme, mettant en commun leur existence physique et morale.

Provoqué par le désir, formé par la préférence, annobli par l'attachement exclusif, c'est un contrat dont la physionomie ne ressemble à celle d'aucun autre; car seul il embrasse des intérêts moraux bien plus que des intérêts matériels.

Le droit naturel le revendique et le protége : l'homme et la femme sauvages s'unissant selon les lois qu'il leur plairait de s'imposer formeraient des liens légitimes même aux yeux des peuples civilisés.

Le droit des gens le respecte : il lui conserve son caractère d'institution primitive, et lui faisant franchir les limites qui séparent les peuples, il le tolère entre les individus des points les plus opposés du globe.

Le droit civil le consacre en le soumettant à des conditions qui, au milieu de l'ordre social, ont pour but de l'isoler des unions purement capricieuses dans leur principe et sans constance dans leur durée,

et d'en faire ainsi la source de la légitimité des enfants et le fondement des familles.

Enfin, toute religion l'entoure de formes solennelles, et le catholicisme, en particulier, l'élève à la dignité de sacrement. « Chaque peuple, dit Portalis, a fait intervenir le ciel dans un contrat qui doit avoir une si grande influence sur le sort des époux, et qui, liant l'avenir au présent, semble faire dépendre leur bonheur d'une suite d'événements incertains, dont le résultat se présente à l'esprit comme le fruit d'une bénédiction particulière (exposé des motifs). »

J'ai déjà dit, en parlant des actes de l'état civil, qu'autrefois l'ordre civil et l'ordre religieux étaient confondus, et que la constitution du 3 septembre 1791, résumant les besoins d'une ère nouvelle, en proclama la séparation. C'est elle qui sécularisa le mariage régi naguères par les canons de l'église, et qui anéantit d'un mot l'antique intimité du sacrement et du contrat. « La loi, dit-elle, ne considère le mariage que comme un contrat civil. »

Ce principe subsiste aujourd'hui dans toute sa force; il trouve une sanction sévère dans les peines portées contre tout ministre d'un culte qui procède aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui soit justifié d'un acte préalablement reçu par les officiers de l'état civil (1).

(1) Tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil, sera,

Ainsi, le législateur a voulu arrêter l'action secondaire et isolée du ministre de la religion, jusqu'à ce que l'action essentielle du ministre de la loi se fût accomplie, et suspendre l'exercice du droit de l'un comme hommage rendu à l'indépendance du droit de l'autre.

Contracté selon les principes et les formes de la loi civile, le mariage produira donc tous ses effets dans l'ordre civil : les exigences et les formes religieuses sont du domaine exclusif de la conscience.

Dans un premier chapitre, le Code énumère les conditions diverses que les futurs époux doivent remplir. Il prescrit ensuite des formalités préalables et une cérémonie civile : il proclame le droit d'opposition, il le soumet à des règles et lui impose des limites. Revenant sur les conditions et les formes prescrites, il précise celles dont l'inaccomplissement entraîne une nullité. Plus loin, il détermine les obligations que les époux contractent par le fait seul de leur union, soit envers les enfants qui lui devront le jour, soit envers divers membres de la famille : il précise aussi les droits et les devoirs qui prennent leur source dans les rapports mutuels des époux eux-mêmes. Enfin, il se préoccupe de la dissolution du mariage et des nouveaux liens qu'elle rend possibles.

pour la première fois, puni d'une amende de 16 fr. à 100 fr.
En cas de nouvelles contraventions de l'espèce exprimée en l'article précédent, le ministre du culte qui les aura commises sera puni, savoir : pour la première récidive, d'un emprisonnement de deux à cinq ans ; et pour la seconde, de la détention (art. 199 et 200, Cod. pén.).

Si, dans l'étude de cette vaste théorie, le jurisconsulte doit désormais faire abstraction de la religiosité du mariage, au moins ne doit-il jamais perdre de vue la grandeur de son but moral et sa majesté sociale.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

Ce chapitre soumet le mariage à cinq conditions différentes : 1° l'âge, 2° le consentement des époux, 3° l'absence d'un premier mariage, 4° le consentement des ascendants, quelquefois leur simple conseil; dans d'autres cas, le consentement du conseil de famille; 5° enfin, l'absence de tout empêchement fondé sur la parenté ou l'alliance à un certain degré.

L'homme ne peut se marier qu'à dix-huit ans *révolus :* quinze ans *révolus* suffisent pour la femme (art. 144). Cette disposition repose sur un double motif: il fallait que les époux eussent assez de discernement pour faire un choix réfléchi, et il importait de mettre un obstacle aux unions précoces qui, en donnant le jour à des enfants débiles, nuisent à l'énergie physique des races.

La double capacité voulue par la loi existera sans doute chez quelques personnes avant l'âge déterminé, et chez d'autres, à cet âge, elle n'existera pas

encore. Mais l'on sent qu'il fallait une règle uniforme.

Il est loisible au roi d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves (art. 145) dont il est le juge suprême. Celui qui réclame ces dispenses doit lui présenter une supplique; le procureur du roi de son domicile met au bas un avis motivé et l'envoie au ministre de la justice. Le roi statue sur le rapport de celui-ci. L'ordonnance royale doit être enregistrée, en vertu d'une ordonnance du président, au greffe du tribunal de l'arrondissement dans lequel le mariage sera célébré, et une expédition en reste annexée à l'acte même de célébration du mariage (arrêté du 20 prairial an 11).

L'art. 146 dit en termes fort laconiques : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

La loi exige, sans doute, un consentement libre de la part des deux époux; mais quand y aura-t-il dans le consentement un degré suffisant de liberté? A cet égard, les principes généraux du droit renferment des règles qui doivent servir de guide.

Ainsi, un homme interdit pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur ne saurait consentir librement au mariage. Cette vérité dictée par la raison naturelle s'appuie, du reste, sur l'art. 1124, Cod. civ., qui proclame l'incapacité des interdits, et sur l'art. 502, Cod. civ., d'après lequel tous les actes passés par l'interdit postérieurement au jugement d'interdiction sont nuls de plein droit.

Il résulte de l'art. 503 que le mariage antérieur à l'interdiction pourrait n'être pas valable, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où il a été contracté. Je crois même, en présence du principe absolu qui exige un consentement libre, qu'il n'est pas nécessaire que la cause de l'interdiction soit notoire. Je pense enfin que l'affaiblissement plus ou moins complet de l'intelligence qui, n'étant pas habituel, ne saurait être une cause d'interdiction, pourrait néanmoins motiver une nullité de mariage. N'est-ce pas, en effet, un élément exclusif de la liberté de volonté ?

Ceux qui sont pourvus d'un conseil judiciaire étant seulement incapables de faire les actes désignés d'une manière limitative par les art. 499 et 513, Cod. civ., peuvent, en règle générale, consentir à leur mariage, sauf encore l'application exceptionnelle du grand principe : Il n'y a point de mariage s'il n'y a point de consentement.

Pour juger de la validité du consentement d'un sourd-muet, les tribunaux auront à apprécier le degré d'intelligence dont il est doué.

Il n'y a point de consentement valable, s'il n'a été donné que par *erreur*, s'il a été extorqué par *violence* ou surpris par *dol*.

C'est là une vérité morale qui s'applique à tous les contrats et par conséquent au mariage.

L'art. 1109, Cod. civ., la proclame ; les articles suivants la développent. Il y a dans cette partie de la loi toute une théorie sur laquelle j'insisterai quand le moment sera venu ; néanmoins l'erreur,

en matière de mariage, constitue en quelque sorte une théorie à part, et je dois l'exposer actuellement.

D'après l'art. 1110, l'erreur qui tombe sur la *personne* est une cause de nullité, lorsque la considération de la personne a été le motif principal du contrat. Or, cette condition se retrouve toujours dans le mariage, et d'ailleurs l'art. 180, Cod. civ., dit expressément que le mariage peut être attaqué lorsqu'il y a eu erreur dans la *personne*.

Mais, comment faut-il entendre ce genre d'erreur? L'erreur sera-t-elle une cause de nullité, seulement lorsqu'elle tombera sur l'individu physique, ou bien même lorsqu'elle tombera sur les qualités morales ou civiles qui constituent réellement la personne?

« Le plus grand acte de sagesse du législateur est, en pareil cas, de s'en remettre à celle des tribunaux, disait l'orateur du tribunat au corps législatif: Point de consentement ou de consentement parfaitement libre, point de mariage. Ce fanal dirigera bien plus sûrement les juges que des idées métaphysiques ou complexes qui pourraient ne faire que les embarrasser ou les égarer. »

D'un autre côté, l'exposé des motifs représente l'erreur sur l'*individu* comme étant seule de nature à entraîner la nullité du mariage : « L'erreur, en matière de mariage, dit Portalis, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet *la personne même*. Mon intention déclarée était d'épouser une

telle personne; on me trompe ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré; le mariage est nul. »

Le dissentiment, on le voit, ne saurait être plus formel.

J'ai dit, dans l'introduction de cet ouvrage, qu'il fallait demander la pensée de la loi surtout à l'exposé de ses motifs. Ici donc elle se trouve dans les dernières paroles que je viens de citer.

Ainsi je m'empresse d'admettre, avec tout le monde, que l'époux dont le conjoint est pauvre, de basse roture, de mœurs corrompues, enfant naturel, au lieu d'être riche, noble, vertueux, enfant légitime, ne saurait invoquer l'erreur pour faire invalider son mariage, alors même que l'erreur serait le résultat du dol, c'est-à-dire de manœuvres frauduleuses employées par le conjoint pour faire croire à l'existence de qualités chimériques.

J'admets encore que l'erreur de la femme qui a épousé un étranger croyant épouser un Français est insuffisante, quoique le mariage lui enlève sa nationalité.

Les tribunaux ne sauraient accueillir de telles nullités sans méconnaître l'institution même du mariage, en permettant à des regrets qui n'oseraient se produire ouvertement d'emprunter le prétexte d'une erreur.

Mais que décider dans le cas où une femme épouse un forçat libéré? M. Duranton, n° 62, se prononce pour la nullité du mariage : il lui paraît

injuste de forcer une femme indignement trompée à vivre avec un homme frappé d'infamie, et de soumettre des enfants aux préjugés qui les poursuivront pour le crime de leur père. De telles considérations sont, sans doute, de nature à faire plaindre d'innocentes victimes; mais qui répondra que, si la femme eût connu d'avance la position du mari, elle eût repoussé le mariage avec cette horreur qu'elle prétend ressentir désormais? Qui pourra dire que dans un contrat, où tant de causes variées, capricieuses, intimes, peuvent déterminer la volonté, il ne s'en serait trouvé aucune dont la toute-puissance l'eût emporté?

D'ailleurs, tous les jurisconsultes et M. Duranton lui-même (n° 56) admettent la validité du mariage contracté par erreur avec une femme qui est ou qui fut une prostituée : une telle flétrissure qu'a-t-elle donc dans l'ordre moral et social qui doive le céder à l'autre? Une telle contradiction ne révèle-t-elle pas tout ce qu'il y a d'arbitraire dans l'opinion que je combats?

Il est vrai que l'art. 232, Cod. civ., autorisait le divorce quand l'un des époux avait été condamné à une peine infamante; mais cet article ne pouvait s'appliquer qu'à une condamnation survenue pendant le mariage et pour un fait postérieur au mariage même. Il ne se préoccupait pas de l'infamie, il voulait uniquement atteindre la violation de la foi promise qui renferme l'engagement de vivre avec honneur. Et l'on ne peut douter que tel fut son esprit, quand on songe que le mari qui pouvait demander

le divorce à cause de l'adultère de sa femme (art. 229), c'est-à-dire, pour une seule injure personnelle, ne le pouvait pas pour toute une prostitution antérieure trop tard découverte. Cependant, quelle tache ineffaçable pour celle qui l'a méritée, et quelle position cruelle pour celui qui la partage!

Je n'admets donc aucune exception à la doctrine expresse de Portalis : en admettre une seule, c'est en autoriser un grand nombre, et s'il est vrai que cette doctrine puisse faire des victimes, qu'importe, dès qu'elle doit protéger la plus noble des institutions contre les abus de l'arbitraire?

Avec un tel rigorisme, dira-t-on, la loi réduite à une pure abstraction ne sera presque jamais appliquée, car l'erreur qui suppose la substitution physique d'une personne à une autre est à peu près impossible.

Je réponds que la loi devait créer un principe même pour des hypothèses improbables, par cela seul qu'elles pouvaient se présenter. Je réponds, en outre, que l'erreur sur les qualités emporte quelquefois l'erreur sur la personne même : par exemple, une jeune fille est promise à un jeune homme qui habite une ville éloignée; un individu arrive et se présente à la place de celui à qui la jeune fille a la pensée de s'unir; il est porteur des titres qui s'appliquent à ce dernier, il se les approprie frauduleusement; l'on ne songe pas même à constater l'identité, et le mariage se célèbre. Alors, sans doute, il n'y a pas substitution furtive au moment même de la célébration, mais il y a substitution prolongée,

réelle, matérielle; le contrat est passé avec l'un, le consentement s'adresse à l'autre; c'est un contrat sans consentement, c'est un consentement sans contrat : la nullité est flagrante (1).

Un grand nombre d'auteurs considèrent l'impuissance naturelle, et l'impuissance accidentelle survenue antérieurement au mariage, comme étant exclusives de la liberté du consentement. Cette doctrine est contraire au principe que je viens de démontrer, et d'après lequel l'erreur sur la personne même est seule de nature à constituer une nullité. D'ailleurs, elle tend à placer l'association physique bien audessus de l'association morale; elle fait abstraction de ces mobiles d'un ordre élevé qui peuvent porter au mariage, et de tous ces nobles intérêts qu'il rapproche pour les confondre : elle compromet ainsi la dignité de l'institution qu'il faut le plus honorer et même celle de la nature humaine; elle méconnaît enfin l'esprit de la loi qui aperçoit dans le mariage autre chose que la reproduction de l'espèce humaine, puisqu'elle le permet à cette époque de la vie où les deux sexes ne sauraient plus associer que leur stérilité commune, et même quand l'un des époux apporte à l'autre, encore jeune, la débilité et la décrépitude.

Au reste, les auteurs que je combats réduisent leur sentiment à une pure théorie, quand il s'agit de l'impuissance naturelle, parce qu'ils sont forcés

(1) Toullier, nº 522, exprime le même sentiment sur une hypothèse analogue.

d'avouer que celle-ci, enveloppée de mystère, devrait être démontrée par des épreuves offensantes pour les mœurs, et dont le résultat serait même, le plus souvent, très-équivoque. Mais ils en réclament l'application à l'impuissance accidentelle dont la preuve leur paraît facile.

Quand cette preuve serait aussi facile qu'ils le pensent, les raisons que je viens d'exposer suffiraient, en principe, pour la faire proscrire. Il y a plus : dans un grand nombre de cas, en supposant qu'une impuissance quelconque soit prouvée, comment distinguera-t-on si elle est naturelle ou accidentelle? Le vice de la nature peut avoir précédé l'accident, il peut l'avoir déterminé, il peut, enfin, se combiner avec lui. Je sais bien qu'un mari peut invoquer l'impuissance accidentelle pour désavouer l'enfant conçu pendant le mariage (art. 312); mais, ici, l'inconvénient que je signale n'a pas la même portée, car c'est chez l'homme qu'il sera le moins difficile de s'assurer du véritable genre d'impuissance et de bien le préciser. Au reste, ne voit-on pas que le désaveu est une nécessité réclamée par des motifs spéciaux? C'est une ressource extrême offerte au mari à qui une femme coupable veut imposer le devoir d'aimer et d'enrichir des enfants étrangers. Mais, où donc est l'impérieuse nécessité de briser un mariage, lorsque, déshérité de son but physique, il lui reste à accomplir ses destinées morales?

Quant à l'impuissance survenue pendant le mariage, elle n'a jamais autorisé une demande en nullité.

Tout ce qui vient d'être exposé démontre que le dol, en fait de mariage, se confond avec l'erreur, car il aboutit nécessairement à une erreur sur l'individu ou sur les qualités de l'individu.

Quant à la violence, soit physique, soit morale, qui peut être exclusive de la liberté de consentement, je répète qu'elle n'offre rien de spécial en cette matière, et je renvoie à cet égard aux généralités que j'ai annoncées.

« On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier (art. 147, Cod. civ.). »

La polygamie simultanée est donc proscrite.

« Elle n'est point utile au genre humain, dit Montesquieu, ni à aucun des deux sexes, soit à celui qui abuse, soit à celui dont on abuse. Elle n'est pas non plus utile aux enfants, et un de ses grands inconvénients est que le père et la mère ne peuvent avoir la même affection pour leurs enfants : un père ne peut pas aimer vingt enfants comme une mère en aime deux. C'est bien pis, quand une femme a plusieurs maris, car pour lors l'amour paternel ne tient plus qu'à cette opinion qu'un père peut croire, s'il veut, ou que les autres peuvent croire que certains enfants lui appartiennent........... La possession de beaucoup de femmes ne prévient pas toujours les désirs pour celle d'une autre : il en est de la luxure comme de l'avarice, elle augmente sa soif par l'acquisition des trésors.......... La pluralité des femmes mène à l'amour adultère que la nature désavoue : c'est qu'une dissolution en en-

traîne toujours une autre (*Esprit des lois*, liv. 16, chap. 6). »

La loi pénale sanctionne, sur ce point, la loi civile en punissant des travaux forcés à temps ceux qui, engagés dans les liens du mariage, en contractent un autre avant la dissolution de celui qui existe (art. 340, Cod. pén.).

Elle prononce la même peine contre l'officier de l'état civil qui aura prêté son ministère au nouveau mariage, *connaissant l'existence du précédent ;* en effet, il est complice (même article).

Il est évident, malgré le silence de la loi, que, dans le même cas, il y a aussi complicité de la part de l'époux libre et de celle des témoins : dès lors, la peine ci-dessus doit leur être appliquée.

Au reste, si l'officier public, l'époux libre et les témoins peuvent se réfugier dans leur bonne foi tant que leur intention criminelle n'est pas démontrée, il n'en saurait être de même de l'époux qui n'était pas libre : le fait s'élève contre lui ; c'est à lui à dire quelles circonstances ont pu lui faire croire à la dissolution des liens préexistants qu'il ne pouvait pas ignorer.

Il me paraît rationnel d'admettre les époux accusés de bigamie à proposer la nullité du premier mariage. Si celui-ci est nul, le second a toujours été valable ; qu'importe l'intention criminelle qui peut-être y a présidé ? Le fait en lui-même n'était-il pas licite, et une condamnation venant frapper deux époux qui ont le droit de vivre ensemble ne serait-elle pas le renversement de toutes les idées logiques ?

Je crois encore que la nullité du second mariage envisagé isolément, c'est-à-dire abstraction faite de l'existence valable du premier, serait exclusive du crime. En présence d'une telle nullité, le second mariage est comme s'il n'était pas, comme s'il n'avait jamais été ; il constitue un fait coupable dans l'ordre moral, mais non pas dans l'ordre légal, car il n'a jamais eu d'existence avouée par le droit et indépendante de la condition d'impossibilité où il était placé par suite de l'union précédente. Ces raisons spéciales me semblent assez fortes pour que l'on ne s'arrête pas mieux dans cette hypothèse que dans l'autre à un crime purement intentionnel et en quelque sorte idéal. Tel est le sentiment de Merlin, *Rép.*, v° *bigamie*, n° 2.

Cet auteur soutient, au même endroit, que l'exception de nullité du premier mariage doit seule être renvoyée devant les tribunaux civils, et que l'exception de nullité du second doit être appréciée par les juges criminels eux-mêmes. L'appréciation du premier mariage fait naître, en effet, une véritable question d'état, puisqu'il s'agit de savoir si l'époux accusé de bigamie était ou n'était pas marié quand il a contracté une nouvelle union; or, c'est là un point préjudiciel d'une nature toute civile et qui ne saurait être de la compétence de la cour d'assises. Au contraire, l'appréciation du second mariage ne soulève aucune question d'état puisque, le premier étant valable, l'état de l'époux accusé est un état acquis, et qu'il s'agit uniquement de décider si le second réunit les conditions légales d'existence et par

lui-même constitue le crime. C'est bien alors, comme dit Merlin, que les juges criminels peuvent et doivent rechercher, poursuivre et juger le crime dans tous les éléments qui le constituent et en forment la substance.

J'ai dit que la loi reconnaissait aux fils âgés de dix-huit ans et aux filles âgées de quinze ans révolus le discernement nécessaire pour faire un choix. Néanmoins, leur propre intérêt réclamait des garanties plus sérieuses : pouvait-on, d'ailleurs, méconnaître l'intérêt moral des familles que le mariage rend solidaires du bonheur ou de la faute des enfants? D'autres volontés devront donc concourir avec la volonté personnelle de ceux-ci.

Or, la loi détermine à cet égard un ordre hiérarchique.

Le fils jusqu'à 25 ans, la fille jusqu'à vingt-un ans accomplis auront besoin du consentement de leurs père et mère (art. 148). Le terme de la majorité ordinaire a donc été reculé pour les fils; il est resté le même pour les filles, parce que la possibilité et l'occasion de s'établir commencent et finissent plus tôt pour elles.

La volonté du père, chef de l'association conjugale, l'emportera toujours (art. 148) sur celle de la mère; mais celle-ci n'en doit pas moins être consultée, c'est un hommage à lui rendre, la loi l'exige.

La mère dont le consentement n'aurait pas même été demandé aurait le droit, sans nul doute, de former opposition au mariage; si elle garde le silence,

le mariage pourra être célébré, et désormais il sera un fait légalement accompli.

Si le père ou la mère est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il suffit de connaître la volonté du survivant (art. 149); le mariage pourra donc dépendre de la détermination de la mère.

Lorsque le père et la mère sont morts l'un et l'autre ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les *remplacent*. Si donc un enfant a un aïeul et une aïeule dans une seule ligne, par exemple, le père et la mère de son père, il devra les consulter tous les deux, et la volonté du grand-père l'emportera, quelle qu'elle soit, sur la volonté de la grand'mère. Si l'enfant a des aïeuls et aïeules dans les deux lignes, par exemple, le père et la mère de son père, le père et la mère de sa mère, il devra les consulter tous les quatre; mais le dissentiment entre les deux lignes emportera consentement, à cause de la faveur qui s'attache au mariage, en sorte que le consentement unique d'un aïeul l'emportera sur trois refus. Le consentement d'une aïeule ne l'emportera pas en pareil cas, car la volonté d'une aïeule cède toujours à la volonté contraire de l'aïeul de sa ligne; mais le consentement de l'aïeule, seule dans sa ligne, suffira malgré le refus de l'aïeul et de l'aïeule de l'autre ligne (art. 150, Cod. civ. analysé).

Le même principe s'applique évidemment aux bisaïeuls et bisaïeules.

Enfin, s'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité

de manifester leur volonté, les fils et les filles mineurs de 21 ans devront obtenir le consentement du conseil de famille (art. 160). En pareil cas, au-dessus de cet âge, nul consentement de parents ne sera nécessaire. La loi ne devait pas, en effet, donner le droit d'empêcher le mariage d'un majeur, à de simples collatéraux qui pourraient être dirigés par des motifs d'intérêt personnel.

Jusqu'à la majorité fixée pour le mariage, le consentement des ascendants est, dans l'ordre déterminé par la loi, une nécessité absolue : ils exercent une magistrature domestique, elle est souveraine, et nul tribunal ne saurait se rendre juge d'un refus.

Le consentement du conseil de famille requis pour les mineurs de 21 ans qui n'ont point d'ascendants me paraît offrir le même caractère. Ce conseil remplace les ascendants, il termine la hiérarchie légale; or, dans cette hiérarchie, chacun doit trouver à son tour la même mesure de pouvoir. La délibération du conseil ne pourrait donc être attaquée ni par le mineur ni par les membres dissidents. Le droit d'attaquer les délibérations, accordé à ceux-ci par l'art. 883, Cod. pr., est un principe général, mais non pas absolu; il s'efface devant le vœu spécial de l'art. 160, Cod. civ., qui veut qu'une question, toute de famille, trouve des juges souverains dans la famille et non pas dans les tribunaux.

Le consentement des ascendants ou du conseil de famille doit s'appliquer à une personne déterminée : toute autorisation générale serait l'abdication d'un

attribut de la puissance paternelle, ou bien une renonciation à un droit d'ordre public.

Un père, un conseil de famille ne pourraient pas conférer à un tiers, d'une manière générale, le droit d'autoriser un choix quelconque, ni même le droit d'autoriser, *si bon lui semble*, un choix spécial : le père, le conseil de famille doivent juger par eux-mêmes, et non pas déléguer des pouvoirs qui sont inhérents à leur qualité. Déléguer un droit, ce n'est pas en user, mais remettre à d'autres le soin d'en user eux-mêmes.

Sur ces points controversés, la doctrine conservatrice de l'autorité domestique maintenue dans sa pureté directe me paraît préférable, et les tribunaux feront toujours bien de la raffermir dans les mains souvent trop faibles qui la possèdent.

Si l'ascendant dont le consentement était requis décède ou tombe dans l'impossibilité de manifester une volonté, pendant l'intervalle qui peut s'écouler entre l'acte par lequel il a consenti et l'époque fixée pour la célébration du mariage, son consentement manquera d'une vitalité actuelle : pour le mariage qui, jusqu'au dernier moment, n'est qu'un projet, il ne suffit pas d'un consentement qui fut, il faut un consentement toujours présent, qui puisse être retiré par celui de qui il émane et qui, dès lors, reçoive sa validité continue d'un silence libre et volontaire. Dans l'hypothèse où je me place, le consentement interrompu devra donc être remplacé par celui qui vient immédiatement après dans la hiérarchie légale.

Que faut-il entendre dans toute cette matière par l'impossibilité de manifester une volonté?

Il est évident que cette impossibilité résulte de la mort civile et de l'interdiction, soit judiciaire, soit légale. Elle devra être constatée par le jugement qui prononce l'interdiction judiciaire, ou par celui qui a prononcé la peine dont la mort civile ou l'interdiction légale est la conséquence.

Je crois même que si un ascendant n'a pas été interdit, mais que ses facultés intellectuelles soient notoirement dérangées, l'officier de l'état civil devra s'abstenir de célébrer le mariage jusqu'à ce qu'il ait été décidé, par jugement, si l'ascendant dont il s'agit doit être omis dans la hiérarchie de la loi.

L'absence peut constituer aussi une impossibilité. Dans ce cas, il faudra produire le jugement qui aura déclaré l'absence; à défaut de ce jugement, celui qui aura ordonné l'enquête devant précéder toute déclaration d'absence, et, si celui-ci n'a pas encore été rendu, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte consiste dans la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix, qui constatent que l'ascendant a disparu et que l'on n'a pas de ses nouvelles.

Cette marche est prescrite par l'art. 155, Cod. civ., quand il s'agit des actes respectueux dont je parlerai bientôt; je la rappelle ici, parce qu'elle est rendue applicable aux cas où il s'agit de consentement par un avis du conseil d'état du 4 thermidor an 13.

Bien plus, un acte de notoriété entraînant des frais, il suffit, d'après cet avis, que le futur qui ne peut produire, par exemple, ni le consentement ni l'acte de décès de son père, atteste avec serment, *s'il est majeur de* 21 *ans*, que son père est décédé, ou bien, s'il ne peut attester le décès, que le lieu de son dernier domicile est inconnu. Ces attestations pourraient être faites par les aïeuls et aïeules; mais la mère ne serait pas reçue à affirmer ainsi soit le décès soit la disparition du père. Outre l'attestation du futur, il faut celle des quatre témoins de l'acte de mariage faite aussi avec serment : celle-ci n'est pas nécessaire quand les aïeuls ou aïeules certifient eux-mêmes le décès ou l'absence. Si le futur était mineur de 21 ans, il ne serait pas admis à prêter serment, et l'acte de notoriété ne pourrait être remplacé que par l'attestation des aïeuls ou aïeules : si cette attestation ne pouvait pas même être faite, l'acte de notoriété serait indispensable. Le décès de la mère dont le consentement est requis, celui des ascendants ou leur absence peuvent être établis par les mêmes voies et selon les mêmes principes. Quand, par l'une de ces voies, la production d'un consentement aura cessé d'être nécessaire, il faudra toujours le consentement exigé immédiatement après, selon l'ordre déterminé par la loi : ainsi, en définitive, il faudra aux mineurs de 21 ans au moins le consentement du conseil de famille, et le serment des majeurs ne les dispensera de tout consentement que s'ils n'ont pas même un ascendant dont l'existence soit certaine.

Si, lorsque la mère ou l'aïeule est absente, le père

ou l'aïeul de la même ligne que l'aïeule est présent, l'absence de la mère ou de l'aïeule n'a pas rigoureusement besoin d'être constatée, puisque la volonté de l'une ou de l'autre serait sans influence, et que, faute par elles de former opposition au mariage, il sera valable.

Telle est l'interprétation la plus vraie de l'avis du conseil d'état rappelé ci-dessus : c'est ainsi qu'il a été constamment appliqué à la mairie de Grenoble, sans qu'il se soit élevé aucune réclamation. M. Duranton (nos 87, 88 et 89) en méconnaît l'esprit lorsqu'il prétend que l'acte de notoriété destiné à constater l'absence peut seulement être présenté par les majeurs de 21 ans, et que, dès lors, les mineurs au-dessous de cet âge doivent rigoureusement produire, si l'absence de l'ascendant n'est pas déclarée, le consentement même de celui-ci ou l'acte de son décès ; il crée enfin une obligation arbitraire lorsqu'il émet l'avis, à titre de concession, qu'il serait au moins utile pour les mineurs d'obtenir l'autorisation ou l'homologation du tribunal.

Il est facile de sentir qu'il doit y avoir pour les enfants une époque de liberté ; d'un autre côté, c'est un principe de morale converti en principe de droit positif par l'art. 371, Cod. civ., que l'enfant, *à tout âge*, doit honneur et respect à ses père et mère.

La loi, dans une pensée de conciliation, n'impose plus aux filles âgées de vingt-un ans, et aux fils âgés de vingt-cinq ans accomplis, la nécessité d'obtenir le consentement des ascendants ; mais

elle exige qu'ils demandent respectueusement leur conseil. Elle détermine à cet égard la même hiérarchie que pour le consentement. Le conseil doit être demandé à la mère aussi bien qu'au père, à l'aïeule aussi bien qu'à l'aïeul, sans quoi la mère ou l'aïeule pourrait former opposition au mariage. La loi admet encore les mêmes impossibilités de manifester une volonté; enfin, celles-ci doivent être constatées de la même manière (art. 151 et 155, Cod. civ., combinés, et avis du conseil d'état du 4 thermidor an 13, cité ci-dessus).

Depuis l'âge de vingt-un ans jusqu'à celui de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, et depuis ce dernier âge jusqu'à celui de trente ans accomplis pour les fils, trois actes respectueux sont nécessaires; après vingt-cinq ans pour les filles, après trente ans pour les fils, un seul acte est exigé; il n'y a aucune époque ultérieure à laquelle cet acte unique cesse d'être une obligation (art. 152 et 153, Cod. civ., combinés).

Les trois actes doivent se succéder de mois en mois. Il ne suffirait pas, pour la validité du second ou du troisième, de donner copie du premier; la loi ne dit pas que le premier acte sera signifié à deux reprises, mais qu'il sera *renouvelé deux autres fois*. Chaque acte constitue donc une formalité isolée et individuelle. Ce n'est qu'un mois après le troisième acte, ou, en d'autres termes, trois mois après le premier, qu'il peut être passé outre à la célébration du mariage : il est évident que le délai se compte de quantième à quantième. Lorsqu'un acte suffit, la

célébration est également suspendue pendant le mois qui le suit (art. 152 et 153, Cod. civ.).

Il faut remarquer, au reste, qu'un second ou qu'un troisième acte est inutile, si, dans l'intervalle, le consentement qui avait été refusé est accordé (art. 152, Cod. civ.).

Enfin, un acte qui ne serait pas conçu en termes respectueux ne remplirait pas le vœu de la loi; elle exige un hommage, et ne permet pas une injonction ou une menace. Les ascendants pourraient donc, sans aucun doute, s'opposer au mariage en se fondant sur la nullité d'actes non respectueux, et obliger ainsi les enfants à leur en adresser d'autres.

Tout acte respectueux doit être notifié par deux notaires ou par un notaire et deux témoins : la loi exclut le ministère trop acerbe des huissiers. Le notaire signifie la copie de l'acte qu'il a préalablement rédigé dans ses minutes; il doit recueillir sur la minute et sur la copie la réponse qu'il a reçue de l'ascendant (art. 154, Cod. civ.).

La loi n'exige pas que l'enfant accompagne l'officier public: une entrevue aurait plus d'inconvénients que d'avantages.

La loi n'exige pas non plus que l'officier public s'adresse à la personne même de l'ascendant, il suffit que la notification soit faite à son domicile, selon la règle générale applicable à toute notification. Qui ne voit, en effet, qu'il dépendrait de l'ascendant de paralyser le droit de l'enfant, en ayant soin d'éviter sans cesse le notaire? L'art. 154, qui veut que la réponse soit recueillie, est donc uni-

quement applicable au cas où une réponse est faite.

Toutefois, la signification serait nulle s'il était prouvé que, pour la faire, on a épié le moment où l'ascendant n'était pas chez lui. Les tribunaux ne sauraient tolérer un tel calcul, qui est une irrévérence envers l'ascendant et une fraude à la loi.

Les dispositions relatives au consentement des *père et mère* et aux actes respectueux qui doivent leur être signifiés, sont rendues communes par l'art. 158 aux enfants naturels légalement reconnus. Il faut bien remarquer que les dispositions relatives au consentement des ascendants supérieurs et aux actes respectueux qu'il peut être nécessaire de leur notifier, restent tout à fait étrangères à ces enfants; ils sont nés en dehors du mariage qui, seul, fonde les familles, et la loi ne leur reconnaît ici d'autres parents que ceux qui les ont volontairement acceptés pour enfants.

L'enfant naturel non reconnu, qui ne tient dès lors à personne, ou celui qui, après avoir été reconnu, n'a plus de père ni de mère dont l'existence soit certaine, peut librement se marier après vingt-un ans. Au-dessous de cet âge il doit obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc* (art. 159). Ce tuteur ne saurait être nommé que par le tribunal, car l'enfant naturel n'a point de famille, et la loi ne suppose nulle part qu'un conseil d'amis puisse remplacer pour lui un conseil de parents.

L'officier de l'état civil qui procède à la célébration d'un mariage doit énoncer dans l'acte le consentement de l'ascendant, quand il est indispensable,

afin que l'ascendant qui n'a peut-être consenti que par sa présence ne puisse pas demander plus tard la nullité du mariage, sous le prétexte que rien ne prouve qu'il ait consenti. Le consentement de la famille, quand il est requis, doit également être énoncé. L'officier de l'état civil qui omet une mention si importante s'expose à une amende de trois cents francs au plus et à un emprisonnement de six mois au moins (art. 156, 192, Cod. civ.).

L'art. 193 du Code pénal prononce une peine de seize francs à trois cents francs d'amende, et de six mois à un an de prison, contre l'officier de l'état civil *qui ne se sera pas assuré de l'existence du consentement* des père, mère ou autres personnes. M. Duranton, n° 103, a confondu cette hypothèse avec celle qui précède : cependant il faut les distinguer. Dans la première, la loi suppose que le consentement existait et que l'officier de l'état civil est seulement coupable de ne l'avoir pas mentionné; dans la seconde, elle suppose qu'il n'existait pas et que l'officier de l'état civil est coupable de n'avoir pas veillé, sur ce point, à l'exécution de la loi, soit par négligence, soit même par connivence avec les époux. Dans la première, la loi ne fixant pas le maximum de l'emprisonnement, il peut s'élever à cinq années d'après les principes généraux du droit criminel (art. 40, Cod. pén.); dans la seconde, il ne peut pas dépasser un an. Dans la première, la sévérité de la loi a pour but de protéger les époux qui se sont conformés à son précepte contre une incurie qui les expose à une demande en nullité; dans la seconde,

cette nullité est une chance qu'ils ont voulu courir, et la loi se préoccupe uniquement de la faute du magistrat.

Les peines ci-dessus doivent être appliquées quand même la nullité du mariage ne serait pas prononcée (art. 195, Cod. pén.).

Enfin, l'officier de l'état civil est passible d'une amende de trois cents francs au plus, et d'un emprisonnement d'un mois au moins, quand il a célébré le mariage sans que les actes respectueux aient été signifiés, dans les cas où ils sont prescrits (art. 157, Cod. civ.).

Le simple défaut de mention des actes respectueux dans l'acte de mariage ne donne lieu à aucune peine, parce qu'il n'entraîne aucun inconvénient : en effet, si les actes ont eu lieu, les minutes du notaire en feront toujours foi.

La dernière condition requise par le chapitre actuel consiste dans l'absence de tout empêchement fondé sur la parenté ou l'alliance.

Au titre des successions (art. 735 et suiv.), la loi expose à l'égard de la parenté quelques idées générales et fort incomplètes; nulle part elle ne définit l'alliance.

Il me paraît indispensable de présenter dès ce moment une théorie complète sur ces deux points; autrement, les prohibitions relatives au mariage ne pourraient pas être comprises. Cette théorie servira encore d'introduction aux développements que réclament divers titres ultérieurs.

La *parenté* est un lien produit par le sang et la nature seuls, par la loi civile seule, ou par la nature et la loi civile tout ensemble.

La parenté est donc *naturelle*, *civile* ou *mixte.*

La parenté naturelle appelée aussi parenté *illégitime* est *simplement naturelle*, ou *adultérine* ou *incestueuse.*

La première résulte de l'union entre personnes des deux sexes auxquelles il était permis de s'unir, mais qui n'ont pas accompli certaines conditions ou certaines formes prescrites.

La seconde résulte de l'adultère simple, c'est-à-dire de l'union d'une personne mariée avec une personne libre, ou de l'adultère double, c'est-à-dire de l'union entre deux personnes qui étaient chacune engagées séparément dans les liens du mariage.

La troisième est le produit de l'inceste, c'est-à-dire de l'union de deux personnes auxquelles la loi défendait de s'unir précisément à cause de leur parenté ou de leur alliance.

La parenté simplement naturelle, ou adultérine, ou incestueuse, existe entre les enfants nés de l'union illégitime, entre ces enfants et les auteurs de leurs jours légalement connus et les propres parents de ceux-ci.

La parenté civile résulte d'un contrat par lequel la loi permet à certaines personnes de prendre pour enfant l'enfant d'une autre : ce contrat s'appelle *adoption.* Il donne lieu à tout un ensemble de règles spé-

ciales que la loi expose dans un titre à part, et que dès lors je passerai ici sous silence.

La parenté mixte, appelée essentiellement parenté *légitime*, est produite par le mariage : elle existe évidemment entre les enfants, entre ceux-ci et leurs père et mère et les parents de leurs père et mère.

On voit désormais que toute parenté, autre que la parenté purement civile, a pour cause première l'union des deux sexes, et que le caractère de la parenté varie suivant les caractères mêmes de cette union.

Des parents doivent nécessairement être rangés dans un certain ordre : un ordre ou une série de parents s'appelle une *ligne*.

La nature des choses indique qu'il doit y avoir deux lignes : l'une comprend tous ceux qui sont parents parce qu'ils ont été engendrés les uns par les autres, c'est la ligne *directe* : l'autre comprend tous ceux qui sont parents parce qu'ils ont une origine commune, c'est la ligne *collatérale*.

La première comprend donc le *père*, le *fils*, le *petit-fils*, etc. ; elle est *descendante* si l'on part du père, *ascendante* si l'on remonte du fils au père, du père au grand-père, et ainsi de suite.

La seconde comprend d'abord les *frères* et *sœurs*. Si les frères et sœurs ont pour auteurs communs le même père et la même mère, on les appelle *germains* ; s'ils ont seulement le même père qui a épousé successivement plusieurs femmes, on les appelle *consanguins*, c'est-à-dire étant du même

sang, et enfin *utérins*, c'est-à-dire sortis du même sein, s'ils ont seulement la même mère qui a épousé successivement plusieurs maris.

La ligne collatérale comprend encore les *oncles*, *tantes*, *neveux*, *nièces*, *cousins* et *cousines*.

Les enfants d'un frère germain ont pour oncle germain le frère germain de leur père et sont ses neveux germains, l'oncle et les neveux ont pour auteurs communs le père et la mère des deux frères. Les enfants d'un frère consanguin ont pour oncle consanguin le frère consanguin de leur père, l'oncle et les neveux n'ont pour auteur commun que le père des deux frères. Les enfants d'un frère utérin ont pour oncle utérin le frère utérin de leur père; la mère des deux frères est ici le seul auteur commun.

Les enfants de deux frères germains sont cousins germains; ils ont pour auteurs communs l'aïeul et l'aïeule paternels. Les enfants de deux frères consanguins sont cousins consanguins; l'auteur commun est le père de leur père. Les enfants de deux frères utérins sont cousins utérins; l'auteur commun est la mère de leur père.

La ligne, soit directe, soit collatérale, se nomme ligne *paternelle* ou ligne *maternelle* selon qu'elle comprend les parents du père d'un individu ou les parents de sa mère.

Ainsi, un individu a pour ascendants paternels ou consanguins tous les ascendants de son père, et pour ascendants maternels ou utérins tous les ascendants de sa mère. Des ascendants peuvent tenir tout à la fois à la ligne paternelle et à la ligne mater-

nelle, en d'autres termes, être germains : ce résultat a lieu quand des parents qui sont de diverses branches, mais issus d'une même souche, se sont unis par mariage.

Un individu a pour collatéraux paternels tous les parents de son père autres que des ascendants, et pour collatéraux maternels tous les parents de sa mère autres aussi que des ascendants.

Il est clair que des descendants sont tout à la fois parents du côté du père et du côté de la mère de la personne à laquelle ils doivent le jour, et qu'entre eux ces descendants sont collatéraux germains s'ils viennent du même père et de la même mère.

Enfin, la ligne paternelle comprend deux sortes de parents, les parents paternels et les parents maternels du père : de même la ligne maternelle comprend les parents paternels et maternels de la mère.

On appelle *degré* la distance qui, dans toute ligne, sépare deux parents.

Dans la ligne directe on compte les degrés par générations. Ainsi le père est au premier degré avec le fils, au deuxième degré avec le petit-fils.

Dans la ligne collatérale il faut d'abord compter par générations les degrés qui existent entre l'auteur commun et chacun des individus qui sont parents à cause de cette communauté d'origine, puis additionner les degrés trouvés de chaque côté. Ainsi du père à chacun de ses deux fils il y a une génération, c'est-à-dire un degré, deux frères sont donc entre eux au deuxième degré : du père à un petit-fils il y a deux degrés, du père à un fils un degré,

l'oncle et le neveu sont donc au troisième degré. Les cousins, enfants de deux frères, seront dès lors parents au quatrième degré. On voit, par là, qu'il n'y a point de premier degré en ligne collatérale.

Le droit canonique compte les degrés, en ligne directe, de la même manière que le droit civil; mais, en ligne collatérale, il y a une différence qu'il peut être intéressant de connaître. Ainsi, ou les parents sont à une distance égale de l'auteur commun, ou ils sont à une distance inégale. Dans le premier cas, le degré qui existe entre eux est le même que celui qui sépare chacun d'eux de l'auteur commun; dès lors deux frères sont au premier degré, deux cousins, enfants de deux frères, sont au deuxième degré. Dans le second cas, le principe est celui-ci : *remotior ad se trahit proximiorem*, c'est-à-dire que le degré admis entre les deux collatéraux est celui qui sépare de l'auteur commun le collatéral qui en est le plus éloigné; l'oncle et le neveu sont donc au deuxième degré; le cousin et le fils issu d'un autre cousin sont au troisième degré.

L'*alliance* est un lien produit, par l'union constatée des deux sexes, entre l'une des personnes unies et les parents de l'autre.

L'alliance est un rapport plus éloigné que la parenté, mais, évidemment, elle en suit toutes les phases et en emprunte toutes les modifications.

Ainsi, l'alliance est légitime ou simplement naturelle, ou adultérine ou incestueuse. Les parents légitimes ou naturels du mari sont les alliés légitimes ou naturels de la femme; les parents du père sim-

plement naturel, adultérin ou incestueux sont les alliés simplement naturels, adultérins ou incestueux de sa concubine, et réciproquement.

Je conçois à peine que MM. Toullier, Duranton, et tout le monde comme eux, aient défini l'alliance le lien qui unit l'un des *époux* aux parents de l'autre *époux*; la borner à ce point de vue, c'est évidemment méconnaître la nature même des choses.

L'alliance, comme la parenté, est directe ou collatérale.

Ainsi, le père légitime ou naturel est l'allié direct, légitime ou naturel de sa *bru*, c'est-à-dire, de la femme de son fils, ou de son *gendre*, c'est-à-dire, du mari de sa fille, et il s'appelle *beau-père*.

Le grand-père légitime ou naturel est l'allié direct, légitime ou naturel de la femme de son petit-fils ou du mari de sa petite-fille, etc.

Un homme remarié est l'allié direct, légitime ou naturel de ses *beaux-fils* ou *belles-filles* légitimes ou naturels, c'est-à-dire, des enfants que sa femme a eus d'un premier mariage ou d'une première union illégitime, et il s'appelle encore *beau-père*. Il en est de même à l'égard d'une femme remariée; celle-ci, toutefois, s'appelle la *marâtre* des enfants de son mari.

Le frère légitime ou naturel du mari est l'allié collatéral, légitime ou naturel de la femme; le frère légitime ou naturel de la femme est l'allié collatéral, légitime ou naturel du mari. Ces alliés s'appellent *beaux-frères* et *belles-sœurs*.

L'oncle légitime ou naturel du mari est l'oncle

légitime ou naturel par alliance de la femme, etc.

Il n'y a pas de termes dans la langue pour exprimer le rapport qui existe entre un père ou les ascendants supérieurs, et la concubine du fils ou le séducteur de la fille; il n'y en a pas non plus pour exprimer celui qui existe entre un homme et les parents collatéraux de sa concubine, ou bien entre la concubine et les parents collatéraux de celui à qui elle est librement unie : néanmoins, ces rapports ne peuvent pas être niés, dans l'ordre de la nature, quand l'union est constatée par la naissance d'enfants qui sont légalement reconnus.

Il faut remarquer enfin que, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, il n'y a pas d'alliance entre les parents de l'une des personnes unies et les parents de l'autre, ni entre l'une de ces personnes et les alliés de l'autre. Ainsi, un père n'est pas l'allié de la belle-mère de son fils; un fils n'est pas l'allié des enfants d'une seconde femme de son père nés d'un premier mariage de celle-ci; le frère d'un mari n'est pas l'allié de la sœur de la femme; le mari n'est pas l'allié du beau-frère de celle-ci; deux individus qui ont épousé deux sœurs ne sont pas beaux-frères.

L'alliance cesse-t-elle quand la personne qui la produisait et les enfants issus de son union avec l'autre personne sont décédés?

Je ne saurais le croire : l'alliance n'est qu'un diminutif de la parenté, elle est comme elle une partie intégrante de l'état naturel ou civil; elle doit être, comme elle, ineffaçable et se perpétuer, à titre de

fait acquis, par le souvenir des relations intimes, des affections et des intérêts du temps passé. Il est vrai que l'art. 206, Cod. civ., dispense les gendres et les brus de fournir des aliments à leurs beau-père et belle-mère, lorsque l'époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés; mais, précisément, cet article qui serait inutile si, en principe, l'alliance ne subsistait plus, se conçoit très-bien si elle subsiste encore, parce que son but est alors d'apporter une exception à la règle et d'en restreindre les conséquences. Bien plus, l'art. 283, Cod. pr., déclare que, dans le cas où le conjoint de l'une des parties est décédé sans enfants, les ALLIÉS *en ligne directe* de cette partie et ses *beaux-frères* ou *belles-sœurs* cités comme témoins pourront être reprochés. Enfin une disposition analogue est reproduite, en matière de récusation, par l'art. 378, n° 2.

Je crois même que le second mariage du mari ou de la femme ne détruirait pas l'alliance produite par le premier, même quand il n'en resterait pas d'enfants.

Telle est la théorie ou plutôt la constitution de la parenté et de l'alliance. Dans une foule d'hypothèses qui appartiennent à la science du droit, la parenté et l'alliance donnent lieu à des distinctions importantes : selon leur nature, elles se prouvent par des modes divers; selon leur nature et leur degré, elles deviennent une source de préférence ou une cause d'exclusion.

Actuellement il s'agit de savoir quelles prohibitions elles entraînent par rapport au mariage.

En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants *légitimes* ou *naturels*, comme contraire à la morale et comme blessant un sentiment intime dont nul ne saurait se défendre (art. 161, Cod. civ.). Ainsi, un père ou un grand-père ne pourrait pas plus épouser sa fille ou sa petite-fille adultérine, incestueuse ou simplement naturelle, que sa fille ou sa petite-fille légitime.

Dans la même ligne, le mariage est encore prohibé (art. 161) entre les alliés, soit *légitimes*, soit *naturels :* ainsi, le beau-père ne pourrait pas épouser sa bru veuve de son fils légitime ou de son fils simplement naturel, adultérin ou incestueux. Un veuf ne pourrait pas épouser la fille légitime, simplement naturelle, adultérine ou incestueuse, que sa femme décédée aurait eue d'une première union. Un fils ou un petit-fils ne pourrait pas épouser la veuve de son père ou de son grand-père naturel.

Un père ou un grand-père pourrait-il épouser la concubine de son fils ou petit-fils? Une mère ou une grand'mère pourrait-elle épouser celui qui a eu des relations avec sa fille ou petite-fille, en supposant, dans tous les cas, que l'union illicite soit constatée par la naissance d'enfants légalement reconnus?

M. Duranton, n° 158, pense que ces mariages sont permis. En effet, dit-il, le concubinage n'est pas légal : par conséquent il ne saurait produire une affinité légale entre un des individus qui s'y sont livrés et les ascendants de l'autre.

Je réponds qu'il n'y a pas de parenté légale ou civile entre une fille naturelle et le père de son père, et cependant ce grand-père ne pourrait pas épouser cette petite-fille (art. 161), à cause de la parenté naturelle et de l'honnêteté publique. Or, on ne peut nier, je l'ai déjà dit, une affinité naturelle entre les ascendants d'un homme et sa concubine, lorsque le concubinage qui, sans doute, n'est jamais légal, est néanmoins légalement établi par la naissance d'enfants que leurs père et mère ont simultanément reconnus ou qui leur appartiennent en vertu d'une reconnaissance judiciaire. D'ailleurs, ne serait-il pas bizarre qu'un homme, par exemple, qui ne pourrait pas épouser la fille reconnue de la concubine de son fils, parce qu'elle est sa petite-fille naturelle, pût épouser la concubine elle-même et devenir, de cette manière, le beau-père de celle dont il est déjà le grand-père? Enfin, l'honnêteté publique ne commande-t-elle pas ici la même prohibition? Comment donc cette prohibition ne serait-elle pas dans l'esprit de la loi?

Bien plus, M. Duranton avoue lui-même, n° 159, que, dans le cas où le mariage de deux individus serait annulé, *il pourrait être interdit* à l'un d'eux d'épouser l'enfant de l'autre, parce que les bonnes mœurs seraient gravement offensées si un individu, après avoir publiquement épousé la mère, pouvait aussi épouser la fille. Or, oserait-on soutenir que le père du mari pourrait épouser celle qui a été publiquement la femme de son fils? Certes, je ne saurais le croire. Eh bien! comment le père

pourrait-il mieux épouser celle que le fils a eue pour concubine ? Dans l'hypothèse d'un mariage nul, le concubinage est un fait acquis par cela seul que le mariage est annulé : dans l'hypothèse où le concubinage a été primitif et direct, il est encore un fait acquis dès l'instant où les enfants qui en sont nés ont été légalement reconnus : l'une et l'autre hypothèse doivent produire des conséquences identiques.

Je pense dès lors qu'un fils ne pourrait pas non plus épouser la concubine de son père, ni une fille celui qui aurait eu des rapports illicites avec sa mère, en admettant toujours que l'union soit constatée par la naissance d'enfants légalement reconnus.

Pothier s'exprime ainsi à cet égard : « L'affinité qui naît du commerce illicite n'est un empêchement dirimant de mariage, que lorsque ce commerce est connu et a éclaté dans le public. C'est pourquoi si, après que j'ai eu un commerce charnel illicite avec une femme, qui a été tenu secret, la fille de cette femme contracte depuis, de bonne foi, mariage avec moi, je pèche grièvement en le contractant, mais ce mariage ne doit pas être annulé. De là il suit que, dans les demandes en cassation de mariage pour cause de cette espèce d'affinité qui naît d'un commerce illicite, les juges peuvent bien admettre la preuve de ce commerce lorsqu'il a été public et connu, comme dans l'espèce de l'arrêt du 20 août 1664, qui cassa un mariage sur la preuve qui fut faite que le mari, avant ce mariage, avait entretenu

publiquement la fille de sa femme. Mais lorsque le commerce criminel a été secret, les juges n'en doivent point permettre la preuve (*Traité du mariage*, partie 3, chap. 3, art. 2, § 4, quest. 5). »

L'opinion de Pothier appuie donc la mienne : seulement je répète que, d'après la législation moderne, il ne serait pas permis de se livrer à des recherches pour établir le concubinage; la naissance d'enfants reconnus en est la seule révélation possible.

Un père pourrait épouser la belle-mère de son fils, un fils la belle-fille de son père, enfin, le père et le fils ou les deux frères peuvent épouser les deux sœurs. Dans ces hypothèses l'on cherche vainement un rapport qui puisse faire naître des scrupules, même sur la décence du mariage.

En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels (art. 162).

L'art. 162 prohibait aussi le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs légitimes ou naturels, dans la pensée d'arrêter les désordres que la perspective d'un avenir légitime aurait pu encourager entre des personnes qui vivent sous le même toit ou qui ont, au moins, des relations fréquentes et faciles.

Une loi du 16 avril 1832 a maintenu cette prohibition en principe; mais elle a donné au roi le droit de la lever pour des causes graves. Cette loi s'est préoccupée de l'intérêt des enfants qui pourront retrouver dans un oncle la protection d'un père, dans une tante les soins d'une mère. Elle s'est préoccupée encore d'intérêts matériels qui peuvent être des motifs de dispenses, comme la position de fortune, des

entreprises communes non achevées, un procès à prévenir ou à terminer, un partage nuisible à empêcher, des arrangements de famille à faciliter. Il résulte, au reste, d'une circulaire du garde des sceaux du 29 avril 1832, que l'existence antérieure d'un commerce scandaleux ne devra jamais être considérée comme un titre aux dispenses, le scandale devant conserver sa flétrissure, la morale publique tous ses droits, et le bon ordre des familles toutes ses garanties.

Un homme pourrait-il épouser, sans dispenses, la sœur de sa concubine, une femme le frère de celui qui a vécu avec elle, en supposant que l'union illicite soit légalement démontrée par une reconnaissance simultanée des enfants auxquels elle a donné le jour?

Je crois que de tels mariages sont permis d'une manière absolue. Ici, l'affinité est très-éloignée : d'ailleurs il n'y a pas d'union légitime à protéger ni, dès lors, de famille au sein de laquelle il faille maintenir la pureté des mœurs.

Pour obtenir les dispenses prescrites par la loi de 1832, il faut suivre les mêmes formalités que pour obtenir des dispenses d'âge (voy. d'ailleurs la circulaire qui vient d'être citée).

L'oncle tenant souvent la place du père, la tante n'étant pas toujours étrangère aux soins de la maternité, le mariage est prohibé par l'art. 163 entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, sauf au roi, en vertu de l'art. 164, à lever la prohibition pour des causes graves.

La nécessité des dispenses a été étendue au grand-oncle et à la petite-nièce par un décret impérial du 7 mai 1808, rendu contrairement à la délibération du conseil d'état. Ce décret doit être appliqué par analogie au mariage de la grande-tante et du petit-neveu.

Il faut remarquer que l'art. 163 n'étend pas sa prohibition aux oncles et nièces, tantes et neveux soit naturels soit alliés, en sorte qu'entre ces personnes les dispenses sont inutiles. Un oncle peut donc épouser sans dispenses la fille légitime de son frère ou de sa sœur naturels, ou bien la fille naturelle de son frère ou de sa sœur légitimes. Il peut épouser de même la veuve de son neveu, qui est sa nièce par alliance; à plus forte raison, un oncle pourrait épouser sans dispenses la concubine de son neveu.

Il est évident enfin que le mariage est permis d'une manière absolue entre le cousin et la cousine.

Pour terminer ce chapitre, je dois dire que, dans l'armée, les mariages des officiers doivent être autorisés par le ministre de la guerre, et ceux des sous-officiers et soldats par le conseil d'administration de leur corps. Il faut voir à ce sujet trois décrets des 16 juin, 3 août et 28 août 1808, et un avis du conseil d'état du 21 décembre de la même année. L'inobservation de ces décrets n'entraîne pas la nullité des mariages, elle appelle seulement sur les militaires et sur l'officier de l'état civil les disgrâces du gouvernement.

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE (1).

Le mariage doit être précédé et accompagné de la plus grande publicité. Si, à son origine, il n'avait rien de public et de solennel, comment l'isolerait-on d'un commerce libre? D'ailleurs, une publicité préalable est la sanction logique du droit d'opposition dont le but salutaire est de prévenir les unions imprudentes ou criminelles.

La publicité préalable consiste dans deux publications du mariage faites, à haute voix, par l'officier de l'état civil, devant la porte de la maison commune, pendant deux dimanches consécutifs. Il est immédiatement dressé acte de chacune de ces publications sur un registre unique tenu dans la forme des registres de l'état civil, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement (art. 63, Cod. civ.).

Un extrait du premier acte de publication doit rester affiché à la porte de la maison commune, depuis le dimanche où la publication a eu lieu jusqu'au dimanche suivant : l'extrait du second acte doit rester affiché depuis le second dimanche jusqu'au mercredi qui vient après. Le mariage peut être

(1) C'est ici que les dispositions relatives aux *actes de mariage*, formant le chap. 3 du titre 2, vont trouver leur place naturelle.

célébré ce jour-là, au plus tôt. S'il ne l'était pas, au plus tard, dans l'année à compter du même jour, c'est-à-dire, si le mercredi étant un 8 janvier, le mariage n'était pas célébré au moins le 8 janvier suivant, les publications devraient être recommencées (art. 64, 65, Cod. civ.).

On peut, pour des causes graves, obtenir du procureur du roi une dispense de la seconde publication, jamais de la première (art. 169, Cod. civ., arrêté du 20 prairial an 9).

Dans l'usage, les publications à haute voix n'ont pas lieu : on rédige seulement les actes de publication et on en affiche les extraits.

Les publications requises doivent être faites à la mairie du lieu où chacun des futurs époux a son domicile (art. 166, Cod. civ.).

Si le domicile n'était établi que par six mois de résidence, c'est-à-dire, si l'un des futurs époux avait acquis, par six mois de simple résidence, le domicile spécial qui suffit pour le mariage et dont je parlerai bientôt, les publications devraient être faites, en outre, à la mairie du domicile réel aussi longtemps que les deux domiciles resteraient isolés. De même, si le nouveau domicile réel existait depuis moins de six mois, les publications devraient avoir lieu au nouveau et à l'ancien domicile. Mais s'il y avait eu translation du domicile réel opérée depuis six mois au moins, c'est dans cet unique domicile que le mariage devrait être publié. Tel est, à mes yeux, l'unique sens raisonnable de l'art. 167, Cod. civ.

Lorsque les futurs époux ou l'un d'eux sont, relativement au mariage, sous la puissance de leurs père et mère ou autres ascendants, les publications doivent encore être faites à la mairie du domicile des ascendants dont le consentement est nécessaire. S'il s'agit d'un mineur qui n'a plus d'ascendants, le mariage doit être publié au domicile de la réunion ordinaire du conseil de famille : ce domicile est celui du dernier mourant des père et mère du mineur (art. 168, Cod. civ.).

Avant de célébrer le mariage, l'officier de l'état civil doit s'assurer que les futurs ont l'âge requis par la loi. C'est dans ce but qu'il se fera remettre l'acte de naissance de chacun d'eux. Celui qui sera dans l'impossibilité de se procurer ce titre devra le remplacer par un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile (art. 70, Cod. civ.).

La loi se contente de ce moyen fort simple, parce qu'il ne s'agit pas ici, pour un individu, de prouver sa filiation et de s'introduire dans une famille, mais, je le répète, de prouver son âge et d'accomplir un contrat qui mérite la plus grande faveur.

L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par sept témoins de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, profession et domicile du futur époux et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; il indiquera le lieu et, autant que possible, l'époque de la naissance et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de

paix; s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention (art. 71, Cod. civ.).

Il faut remarquer que les témoins ne doivent pas nécessairement être appelés d'office par le magistrat.

L'acte de notoriété sera soumis à l'homologation du tribunal de l'arrondissement dans lequel le mariage doit être célébré. L'homologation n'aura lieu qu'autant que le tribunal trouvera suffisantes les déclarations des témoins et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance (art. 72, Cod. civ.; art. 885, Cod. pr.).

Lorsque l'acte de naissance est représenté, mais que le nom du futur n'est pas orthographié comme celui de son père, ou bien si l'acte renferme une omission de quelqu'un des prénoms de ses parents, il n'est pas nécessaire de recourir à un jugement de rectification : l'identité peut être constatée par le témoignage des père, mère ou aïeux, donné au moment du mariage ou consigné dans l'acte de consentement. En cas de décès des père, mère ou aïeux, l'identité est valablement attestée, pour les mineurs, par le conseil de famille ou par le tuteur *ad hoc*; et, pour les majeurs, par les quatre témoins de l'acte de mariage. Enfin, dans le cas où l'omission d'une lettre ou d'un prénom se trouve dans l'acte de décès des père, mère ou aïeux, il suffit, pour les mineurs, de la déclaration à serment des personnes dont le consentement est nécessaire, et, pour les majeurs, de celle des parties et des témoins (avis du conseil d'état du 30 mars 1808).

L'officier de l'état civil doit se faire remettre la

preuve du consentement dont les futurs époux ont besoin. Cette preuve doit résulter d'un acte authentique (art. 73, Cod. civ.).

La loi n'exige pas un acte dont il reste minute : un acte en brevet suffit.

Tout acte est inutile si les ascendants dont le consentement est nécessaire, autorisent le mariage par leur présence, au moment même de sa célébration. Quand c'est le conseil de famille qui doit consentir, il est indispensable de produire l'expédition de sa délibération.

Le mariage sera célébré dans la maison commune, dit l'art. 75; il le sera publiquement, dit l'art. 165, Cod. civ.; les portes doivent donc être ouvertes au public.

Il sera célébré, dit encore l'art. 165, devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties.

Or, l'art. 74 permet d'acquérir un domicile spécial, pour le mariage, par six mois d'habitation continue dans la même commune : dès lors on peut se marier soit à ce domicile spécial, soit au domicile réel.

Si l'on a quitté son domicile réel et que l'on n'ait pas encore résidé six mois dans la commune où le nouveau domicile réel a été transporté, M. Duranton, n° 220, pense que l'on ne peut se marier ni à l'ancien domicile réel qui n'existe plus, ni au nouveau domicile réel qui, pour le mariage, n'existe pas encore. Je ne saurais croire que la loi, qui cherche constamment à favoriser les mariages, ait voulu

consacrer une combinaison d'après laquelle un homme serait, pendant plusieurs mois, dans l'impossibilité de se marier. Comment admettre qu'il y ait ainsi suspension de l'exercice d'un droit civil aussi important? Et, d'ailleurs, ne voit-on pas qu'en thèse rigoureuse un domicile n'est perdu que lorsqu'un autre domicile est acquis? Or, si le nouveau domicile réel ne devient, pour le mariage, un domicile légal qu'après six mois de résidence, c'est après ces six mois seulement que, pour le mariage, l'ancien domicile aura cessé d'être, et dès lors, jusqu'à l'expiration de ce temps, l'on pourra encore s'y marier. La loi suppose un fractionnement dans le domicile à acquérir; ce fractionnement doit donc se reproduire dans le domicile à perdre.

Le jour désigné par les parties, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins mâles, majeurs, parents ou non parents, fera lecture aux parties des pièces relatives à leur état qui ont dû lui être remises, de celles qui constatent l'accomplissement des formalités préalables, et du chap. 6 du titre *du mariage*, sur *les droits et devoirs respectifs des époux :* il demandera à chacun des futurs, l'un après l'autre, s'ils veulent se prendre pour mari et femme, et, après leur réponse affirmative, il prononcera, au nom de la loi, qu'ils sont unis par le mariage; il dressera immédiatement sur les registres l'acte destiné à rappeler les formalités accomplies et à constater la célébration (art. 75, 76, Cod. civ.).

Tout acte de l'état civil *des Français* en pays étranger, dit l'art. 48, Cod. civ., sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, *par les agents diplomatiques ou par les consuls.*

Le mariage contracté en pays étranger *entre Français* sera valable, dit l'art. 170, Cod. civ., s'il a été célébré *dans les formes usitées dans le pays.*

L'on a soutenu que cet article dérogeait à l'art. 48. Il suffit de lire les deux articles pour se convaincre qu'ils expriment deux vérités parfaitement sympathiques, et dès qu'elles peuvent si bien vivre dans la meilleure harmonie du monde, par quel fâcheux esprit de subtilité voudrait-on sacrifier l'une à l'autre?

Mais le mariage entre *Français et étrangers* devra, en pays étranger, être contracté devant l'officier public de ce pays. Alors l'art. 48 n'est plus applicable. Les agents diplomatiques n'ont pas une compétence territoriale, ils peuvent bien recevoir de leur souverain une juridiction personnelle sur les nationaux, mais ils ne peuvent en recevoir aucune sur les étrangers : ils ne sauraient donc avoir le caractère d'officiers de l'état civil pour célébrer un contrat où l'une des parties échappe nécessairement à l'autorité exceptionnelle qui leur a été déléguée.

Le mariage contracté en pays étranger soit entre Français, soit entre Français et étrangers, est valable *pourvu*, dit l'art. 170, *qu'il ait été précédé*, *en France*, des publications prescrites par la loi française. Ces termes indiquent d'une manière irrésistible que la loi fait des publications en France une condition indispensable de la validité de ces ma-

riages; sans elles, en effet, quelle publicité un mariage contracté à l'étranger recevrait-il dans les lieux où il doit essentiellement être connu ? De nombreux monuments de jurisprudence ont admis récemment cette doctrine conforme au texte et à l'esprit de la loi.

Je crois même que le plus long séjour du Français en pays étranger ne le dispenserait pas des publications en France, car ce séjour ne constitue qu'une résidence de fait, distincte du domicile réel qui est, de droit, en France, tant que le Français n'a pas perdu sa nationalité par un établissement exclusif de l'esprit de retour, ou par une autre cause.

Au reste, la règle qui exige six mois de résidence dans le lieu où l'on veut se marier ne saurait être applicable aux mariages contractés en pays étranger: la résidence a pour but d'assurer la publicité, or ce n'est pas une publicité en pays étranger que la loi désire, mais une publicité en France.

Il est évident enfin que le Français qui se marie en pays étranger doit se conformer aux lois personnelles de son pays qui déterminent sa capacité : le lieu ne peut régir que la forme de l'acte (art. 170).

Dans les trois mois de son retour en France, le Français qui s'est marié en pays étranger doit faire transcrire l'acte de célébration sur les registres de l'état civil de son domicile (art. 171, Cod. civ.).

C'est là un simple conseil que donne la loi dans la pensée de rendre, un jour, plus facile la preuve du mariage.

CHAPITRE III.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

Le droit de s'opposer à un mariage est, à proprement parler, un *veto* plus ou moins absolu autorisé par la loi dans certains cas, et concédé par elle à certaines personnes.

Ce droit est fondé sur cette considération bien simple qu'il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir un jour à le réparer.

Il appartient d'abord à la personne mariée avec l'un des futurs : elle défend ainsi son titre, et prévient la bigamie (art. 172, Cod. civ.).

Il appartient encore aux ascendants, selon l'ordre hiérarchique dans lequel leur consentement doit être demandé : l'ascendant qui s'oppose au mariage défend alors son autorité méconnue, et prévient souvent une nullité imminente.

L'art. 173, Cod. civ., concède le droit d'opposition aux ascendants, quoique les futurs soient parvenus à l'âge où le consentement de ceux-ci n'est plus nécessaire.

Désormais, le droit n'est pas fondé sur l'autorité domestique, puisqu'elle a atteint les limites de sa durée ; une cause d'empêchement légal peut donc, seule, le légitimer. S'il en était autrement, les ascendants feraient revivre, sous une forme indirecte et d'une manière indéfinie, le droit de consentir au

mariage. L'opposition non fondée sur une cause légale n'aura d'autre d'effet que de retarder l'union projetée jusqu'à ce que la justice ait prononcé. Sous ce rapport, elle pourra quelquefois être un acte arbitraire, mais elle pourra être aussi un acte de sagesse.

Des motifs d'une haute convenance, qui se présentent d'eux-mêmes à l'esprit, ont fait refuser aux descendants le droit de s'opposer au mariage des ascendants.

S'il n'existe aucun ascendant, ou bien si ceux qui existent encore sont dans l'impossibilité légale de manifester leur volonté, le droit d'opposition appartient limitativement et concurremment au frère ou à la sœur, à l'oncle ou à la tante, au cousin ou à la cousine germains. Ces collatéraux doivent être majeurs (art. 174) : les alliés ne participent jamais à leur droit.

Ils peuvent fonder leur opposition sur la nécessité du consentement du conseil de famille, dont un futur époux mineur cherche à se passer (art. 174, Cod. civ.).

Dans ce cas, leur droit est un droit individuel que chacun d'eux exerce en son nom propre, et qu'il ne faut pas confondre avec le droit collectif qui appartient nécessairement au conseil de famille dont ils peuvent faire partie, et où ils figurent alors comme éléments d'un être moral.

Leur droit individuel peut encore se fonder sur l'état de démence du futur époux (art. 174). Peu importe que celui-ci soit majeur ou mineur, et même

que le conseil de famille, dans l'hypothèse de la minorité, ait donné son consentement.

Lorsque l'opposition est fondée sur la démence du futur, celui-ci doit en demander la mainlevée au tribunal. Le tribunal peut la prononcer purement et simplement, s'il a la conviction que le futur jouit de toutes ses facultés intellectuelles : au contraire, s'il s'élève des doutes réels à cet égard, le tribunal doit déterminer un délai dans lequel l'opposant devra provoquer et poursuivre l'interdiction selon les formes régulières. Si l'opposant n'accomplit pas cette condition, l'opposition sera rejetée (art. 174, Cod. civ.).

Hors les deux cas spéciaux prévus par la loi et que je viens de signaler, les collatéraux qu'elle désigne n'ont pas le droit de former opposition au mariage, même en se fondant sur un empêchement d'ordre public, comme le défaut d'âge, la bigamie ou l'inceste. Mais alors c'est un devoir moral pour eux, pour tout parent n'ayant reçu de la loi aucune mission d'agir, pour les alliés, et enfin pour toute personne, sans exception, de dénoncer l'empêchement à l'officier de l'état civil qui, même en présence du doute, devra s'abstenir de célébrer le mariage jusqu'à ce qu'il ait été appelé devant les tribunaux, et que ceux-ci aient prononcé. Cette force d'inertie est nécessairement dans l'esprit de la loi qui n'a pas pu vouloir faire de l'officier de l'état civil un être tout passif, quand l'intérêt public et non plus l'intérêt privé éveille ses sollicitudes.

Lorsque le mineur n'a pas obtenu le consentement

du conseil de famille, ou lorsqu'il est en état de démence, son tuteur ou son curateur ne saurait puiser dans le titre dont il est investi le droit direct de s'opposer au mariage : il peut seulement agir comme organe du conseil de famille (art. 175). Or, celui-ci n'aura jamais besoin de se fonder sur la démence : il lui suffit d'invoquer la nécessité de son consentement. S'il s'agit d'un interdit majeur, je crois que le droit de former une opposition fondée sur l'interdiction n'appartient encore au tuteur que dans les mêmes limites : en effet, selon l'art. 509, Cod. civ., un interdit est entièrement assimilé à un mineur, et dès lors le tuteur de l'un ne peut pas avoir plus de droits que le tuteur de l'autre.

Le ministère public, comme toute personne, peut sans doute et doit même dénoncer à l'officier de l'état civil un empêchement fondé sur l'ordre public; mais, en pareil cas, a-t-il le droit de former opposition? Des jurisconsultes paraissent en douter à cause du silence du Code; d'autres pensent que le magistrat qui pourra demander un jour la nullité du mariage ne saurait être privé, sans qu'il y ait contradiction dans l'esprit et dans les vues de la loi, du droit d'en prévenir la célébration. Toute difficulté disparaît, ce me semble, si, portant la question sur son véritable terrain, l'on interroge le texte spécial qui détermine les devoirs du ministère public. Or, l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 est ainsi conçu : « En matière civile, le ministère public *agit* d'office dans *les cas spécifiés par la loi*. Il *surveille* l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, il *poursuit* d'office

cette exécution, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». Ainsi, le ministère public ne peut pas agir d'office hors des cas spécifiés par la loi, je crois même qu'il ne peut poursuivre que dans ces cas l'exécution des lois, des arrêts et des jugements qui intéressent l'ordre public; car poursuivre, c'est agir. Mais, autre chose est d'agir, de poursuivre, autre chose est de surveiller. *Agir*, *poursuivre*, c'est intenter une *action directe ; surveiller*, c'est avoir *l'œil ouvert* pour prévenir, pour empêcher. La loi devait préciser le droit et le devoir d'agir; mais la surveillance, par sa nature, n'admet pas d'autres limites que celles qu'impose au magistrat la prudence de son zèle. Je le demande maintenant, s'opposer à un mariage qui blessera une loi d'ordre public, est-ce autre chose que surveiller l'exécution de cette loi même?

Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former; il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré afin que la demande en mainlevée puisse être formée à ce domicile élu.

Le mariage pouvant être célébré indistinctement au domicile de l'un ou de l'autre des futurs, c'est dans le lieu où est domicilié celui contre qui l'opposition est dirigée que l'élection devra être faite.

L'acte contiendra également les motifs de l'opposition, à moins qu'il ne soit signifié à la requête d'un ascendant, sauf toutefois à celui-ci à déduire ses motifs devant les tribunaux, si le futur a atteint

l'âge où le consentement des ascendants n'est plus une nécessité.

L'omission de ces prescriptions entraînera la nullité de l'acte et l'interdiction de l'huissier qui l'aura signifié (art. 176, Cod. civ.).

Il ne faut pas croire qu'en prononçant la nullité d'un acte d'opposition pour vice de forme ou même pour défaut de qualité de l'opposant, le tribunal doive toujours ordonner qu'il sera passé outre à la célébration du mariage. Il est évident qu'il devrait, au contraire, défendre à l'officier de l'état civil de prêter son ministère si, par exemple, l'opposition avait été formée par un ascendant dont le consentement était requis, ou bien si elle était fondée sur une cause d'ordre public.

Les actes d'opposition doivent en outre être signés sur l'original et sur la copie par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique (art. 66); mais ici, en cas d'omission, la loi ne prononce plus de nullité.

Ces actes doivent être signifiés à la personne ou au domicile de chacun des futurs : en effet, celui-là même contre qui l'opposition n'est pas dirigée a intérêt à connaître la position de la personne à laquelle il veut s'unir.

Il suffit de signifier l'opposition à l'officier de l'état civil de l'une des communes où le mariage doit être célébré, car nul officier de l'état civil ne peut procéder à la célébration d'un mariage qu'après s'être fait remettre par les parties un certificat constatant qu'il n'existe point d'opposition dans les

diverses communes où les publications ont dû être faites (art. 66, 69, Cod. civ.).

Quel que soit l'opposant, l'officier de l'état civil ne peut procéder à la célébration du mariage avant qu'on lui ait remis la mainlevée de l'opposition, sous peine de 300 fr. d'amende et de tous dommages-intérêts (art. 68). Il n'est juge ni de la qualité de l'opposant ni du mérite de l'opposition.

L'officier de l'état civil doit mettre son visa sur l'original de toute opposition qui lui est signifiée; il doit faire mention sommaire de l'opposition sur le registre des publications de mariage, et, plus tard, il rappellera, en marge de cette mention, les jugements ou actes de mainlevée dont expédition lui sera remise (art. 66, 67, Cod. civ.).

Le tribunal d'arrondissement devant lequel la demande en mainlevée sera portée prononcera dans les dix jours (art. 177, Cod. civ.).

S'il y a appel, la cour statuera dans les dix jours de la citation (art. 178, Cod. civ.).

Il est bien certain qu'après ces délais les tribunaux peuvent encore prononcer, et que le demandeur ne saurait avoir encouru une déchéance : tout ce que la loi exige, c'est donc que la question reçoive une solution aussi prompte qu'il est possible.

Si l'opposition est rejetée, les opposants pourront être condamnés à des dommages-intérêts : les tribunaux auront ainsi à examiner si l'opposition a causé un préjudice et quelle peut en être l'étendue. Ces dommages-intérêts sont une garantie contre les oppositions téméraires ou méchamment calculées.

Mais les ascendants, qui sont toujours censés agir par bienveillance, ne seront jamais condamnés à ces réparations (art. 179, Cod. civ.).

Quant aux dépens, ils sont payés par la partie qui succombe : ici il n'y a plus d'exception en faveur des ascendants.

Au reste, les tribunaux peuvent faire les compensations de frais autorisées par l'art. 131, Cod. pr.

CHAPITRE IV.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

Parmi les conditions que la loi impose à ceux qui veulent contracter mariage, il en est dont l'inobservation entraîne la nullité du contrat, et d'autres dont l'inobservation ne l'entraîne pas.

Le chapitre actuel a précisément pour but d'isoler les unes des autres. De l'ensemble de ses dispositions il résulte que l'âge, le consentement libre des époux, le consentement des ascendants, celui du conseil de famille, celui du tuteur *ad hoc*, l'absence de tout empêchement fondé sur l'existence d'un premier mariage, sur la parenté ou l'alliance au degré prohibé, et une publicité suffisante, sont des conditions requises à peine de nullité.

Il en est autrement du défaut d'actes respectueux, et de toute atteinte à la publicité, qui n'est pas constitutive d'une clandestinité réelle. On verra aussi qu'il ne faut pas considérer comme nul le mariage

contracté par une femme avant dix mois révolus depuis qu'elle est devenue veuve.

Les conditions requises à peine de nullité prenaient dans le langage de l'ancien droit et conservent encore dans l'usage le nom d'empêchements dirimants (de *dirimere*), et les autres celui d'empêchements prohibitifs.

Les nullités de mariage sont absolues ou relatives : absolues lorsque, fondées sur l'ordre public, elles peuvent être invoquées par tous ceux qui y ont intérêt et par le ministère public; relatives lorsque, fondées sur des considérations privées, elles ne peuvent être invoquées que par certaines personnes et pendant un certain temps.

Les causes de nullités absolues sont le défaut d'âge, le lien d'un mariage existant, la parenté et l'alliance au degré prohibé et le défaut complet de publicité.

Le défaut de consentement des époux, des ascendants, du conseil de famille ou du tuteur *ad hoc* constitue seulement des nullités relatives.

Tel est le système général de la loi ; il faut maintenant le parcourir dans ses détails.

Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des époux ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que par les époux ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre (art. 180). L'époux trompé ou violenté est, en effet, le seul juge possible de ses impressions et surtout de l'exercice qu'il convient de faire de son droit.

L'action en nullité ne saurait appartenir à ses héritiers. En règle générale, des héritiers peuvent, sans doute, attaquer un contrat auquel leur auteur a consenti par erreur, par suite du dol ou de la violence; mais le mariage n'est pas une convention ordinaire n'embrassant que des intérêts matériels. Comment les héritiers rendraient-ils compte d'un ordre de choses moral et qui se compose d'éléments intimes ? Comment assureraient-ils que, si l'époux eût vécu, il n'eût pas préféré le silence à une demande en nullité dont le succès n'offre, sous tant de rapports, qu'une impuissante réparation? Je sais bien qu'en règle générale le silence possible du défunt ne peut pas être opposé aux héritiers; mais, encore une fois, le mariage a une physionomie qui lui est propre, et certes, quand un époux n'est plus, nul n'a le droit d'interroger dans la tombe les mystères de sa volonté. Telle est, au reste, l'opinion universellement admise.

Mais si l'époux mourait après avoir intenté l'action, il serait bien difficile de refuser aux héritiers le droit de la continuer.

Quand le mariage a été contracté par un individu frappé d'interdiction judiciaire, faut-il donner à ses héritiers et même à l'autre époux le droit exceptionnel de l'attaquer?

Il semble, au premier coup d'œil, qu'il y a une différence entre le consentement *impossible* d'un individu qui, privé de toute raison, n'a pas la conscience de ses actes, et le consentement *contraint* ou *surpris* de celui qui cède seulement à la violence ou

à l'erreur : dès lors on pourrait voir dans le premier cas une nullité radicale et absolue, et n'apercevoir dans le second qu'une nullité relative, uniquement soumise à l'appréciation personnelle de celui qui en est victime. Néanmoins, cette différence n'est pas dans la loi, elle est d'ailleurs plus métaphysique que réelle et plus subtile que vraie. Le droit d'invoquer la nullité continue donc d'appartenir à celui-là seul qu'elle intéresse. Il est évident toutefois que, pendant la durée de l'interdiction, la demande doit être formée, selon les principes généraux, par le tuteur de l'interdit, avec l'autorisation du conseil de famille.

C'est ici le lieu de rappeler que l'erreur n'est exclusive de la liberté du consentement que quand elle tombe sur la personne même. J'ai démontré cette vérité dans le chapitre premier, et je l'ai appliquée particulièrement au mariage contracté avec un forçat libéré.

La solution que j'ai donnée en cet endroit est la même, si le mariage a été contracté avec un reclus ou un détenu qui a accompli sa peine, ou bien avec un banni soit avant soit après l'expiration du bannissement, ou bien avec un individu condamné à la peine principale et perpétuelle de la dégradation civique.

Enfin, elle est la même si le mariage a été contracté pendant la durée de la peine avec un individu condamné aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la reclusion, qui s'est évadé ou n'a jamais été saisi.

Je crois, en outre, que dans ces trois dernières hypothèses où le condamné est en même temps frappé d'interdiction légale, l'époux trompé ne pourrait pas fonder sur cette interdiction une demande en nullité. Le mariage, en effet, est un contrat du droit des gens : or, la faculté de se marier doit survivre, avec son caractère primitif, à une condamnation qui enlève, il est vrai, l'exercice des droits civils, mais qui ne supprime pas l'existence sociale. Si un texte exprès a privé de cette faculté le mort civil qui peut néanmoins invoquer encore le droit des gens, et dès lors acheter, vendre, faire le commerce, c'est que, violemment retranché de la société des hommes, il ne pouvait être admis, sans une bizarrerie manifeste, à un contrat qui se lie plus intimement qu'aucun autre à la sociabilité humaine.

Dans tous les cas où l'action en nullité se fonde sur l'erreur ou sur la violence, elle n'est plus recevable lorsqu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou qu'il a reconnu l'erreur (art. 181): ce silence volontaire est une approbation du mariage.

La grossesse de la femme, survenue pendant les six mois, ne saurait être considérée comme une ratification, soit de la part de celle-ci, soit de la part du mari. La loi, en effet, accorde à l'époux qui peut demander la nullité six mois pour réfléchir; pendant ce temps, elle n'exclut pas la cohabitation, elle l'exige : il faut donc l'admettre avec ses conditions et ses conséquences.

Si la cohabitation cessait avant les six mois, le

délai serait interrompu. Le droit, toutefois, ne pouvant être perpétuel, s'éteindrait évidemment par un laps de dix années, en vertu du principe général qui assigne cette limite extrême à toute action en nullité (art. 1304, Cod. civ.).

Il est bien certain qu'une ratification expresse produirait le même effet que la ratification tacite résultant du silence gardé pendant six mois ou dix ans, et que l'une et l'autre peuvent valablement émaner d'un mineur. Le mineur aurait pu consentir, comment ne pourrait-il pas ratifier?

Le mariage contracté sans le consentement des ascendants ou du conseil de famille peut être attaqué par l'ascendant ou par le conseil de famille dont le consentement était requis, selon la hiérarchie de la loi : la nullité devient ainsi la sanction de l'autorité. Le mariage peut même être attaqué par celui des deux époux qui avait besoin du consentement qui n'a pas été donné : la nullité est alors la conséquence de l'incapacité (art. 182, Cod. civ.).

Lorsque l'époux qui avait son père et sa mère n'a consulté ni l'un ni l'autre, l'action en nullité appartient au père seul, car sa volonté devait l'emporter : la seule autorité souveraine qui ait été méconnue, c'est la sienne.

Si le père meurt sans avoir approuvé le mariage, ses pouvoirs passent, sans doute, à la mère, pour l'avenir; mais comment admettre celle-ci, sans violer l'esprit et l'économie de la loi, à venger, pour le temps passé, l'autorité paternelle?

Si, au moment du mariage, le père était dans l'impossibilité légale de manifester sa volonté, la mère était l'arbitre du contrat; ce n'est qu'à elle qu'appartient l'action en nullité. Elle l'exercerait seule quand même le père recouvrerait la faculté de manifester sa volonté et approuverait le mariage, car son autorité seule a été méconnue : nul autre ne saurait la venger si elle pardonne, ou pardonner si elle veut une réparation.

Après la mort de l'ascendant à qui appartenait l'action en nullité, le droit de l'intenter ou de la continuer ne passe ni aux ascendants d'un degré supérieur, ni aux héritiers du défunt, car le principe de l'action s'est évanoui.

Dans le cas où, à défaut de père et mère, il y avait, au moment du mariage, des aïeuls dans les deux lignes, l'aïeul de chaque ligne a, sans doute, le droit d'attaquer le mariage; mais si l'un et l'autre n'intentaient pas simultanément l'action, le tribunal devrait ordonner que l'aïeul qui garde le silence fût mis en cause. En effet, s'il déclare approuver le mariage, il y aura entre les deux lignes un dissentiment qui emporte toujours consentement.

Le droit d'attaquer le mariage, donné à l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis, ne s'éteint pas par la mort de son conjoint, car le principe du droit n'est pas anéanti.

De même, la mort de l'un ou de l'autre époux n'éteint pas l'action des ascendants : l'offense personnelle subsiste, et dès lors le droit conserve toute sa force.

Mais je crois que la mort de l'époux mineur qui n'a pas obtenu le consentement du conseil de famille éteint l'action de celui-ci. Sans doute, son autorité a été méconnue, et le principe de l'action semble subsister avec l'offense. Pour justifier ma pensée, je ne dirai donc pas avec M. Duranton, n° 293, qu'un enfant mort n'a plus de conseil de famille, car il faudrait dire aussi qu'un enfant mort n'a plus d'ascendants; mais je ferai observer que si, pendant la vie de l'époux, le conseil de famille peut agir dans un intérêt d'un ordre moral, que s'il faut même lui supposer cet unique mobile, puisqu'un autre mariage pourra succéder au mariage rompu et donner le jour à des enfants, il n'en est plus ainsi quand l'époux est décédé. Alors, pour des collatéraux, l'intérêt moral s'efface, tandis que l'intérêt matériel devient tout-puissant. Et comment croire que la loi ait voulu autoriser une action qui aura pour but unique ou principal d'enlever à l'époux survivant et aux enfants leur légitimité, et de déplacer ainsi la fortune du défunt?

Si un enfant naturel mineur se marie sans le consentement du tuteur *ad hoc* qui, dans certains cas, doit lui être nommé, celui-ci et l'enfant pourront demander la nullité du mariage; mais si aucun tuteur n'a été nommé, l'enfant aura seul qualité pour agir, puisque nulle autorité n'a été méconnue. Cette conséquence est bizarre, car l'enfant devient le seul juge de sa propre faute. C'est alors surtout que la loi doit trouver une garantie dans la peine prononcée par l'art. 193, Cod. pén., contre l'officier de l'état civil qui ne

s'assure pas de l'existence des consentements requis pour la validité des mariages.

L'action en nullité ne peut plus être intentée par les ascendants ou par le conseil de famille, dont le consentement était nécessaire, quand ils ont approuvé le mariage d'une manière expresse ou tacite (art. 183, Cod. civ.).

L'approbation tacite résultera des circonstances que les tribunaux devront apprécier. Au reste, l'art. 183 présente lui-même, comme exemple d'approbation tacite, le silence que ceux qui devaient consentir au mariage ont gardé pendant un an depuis qu'ils en ont eu connaissance.

Une approbation tacite est, au premier abord, assez difficile à comprendre de la part d'un conseil de famille, être moral qui n'a de réalité que lorsqu'il est réuni. Toutefois, l'on peut très-bien concevoir que, dans la famille, diverses personnes aient approuvé le mariage; or, si les membres formant la majorité du conseil ont donné antérieurement des approbations individuelles, elles pourront être opposées, ce me semble, pour faire repousser une délibération où, par un revirement soudain, l'improbation aura prévalu.

Selon le même art. 183, l'approbation expresse ou tacite des ascendants ou du conseil de famille éteint le droit de l'époux lui-même : ce droit, en effet, ne saurait survivre à son principe.

Si l'époux avait intenté l'action en nullité, le silence volontaire de ceux qui devaient consentir se prolongerait en vain pendant une année, l'action

20

n'en devrait pas moins suivre son cours. Dans ce cas, le droit de l'enfant s'est judiciairement révélé, les tribunaux sont saisis de sa demande : désormais, c'est l'action même de la justice qu'il s'agit de paralyser. La force d'inertie ne saurait donc suffire : il faudrait un obstacle positif et direct, c'est-à-dire, une ratification expresse.

Enfin, l'action ne peut plus être intentée par l'époux lorsqu'il s'est écoulé une année, sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage (art. 183, Cod. civ.).

Cet âge est, sans nul doute, 21 ans pour les filles et 25 ans pour les fils quand il y a des ascendants, et 21 ans pour les deux sexes quand il n'y en a pas; en effet, telle est l'économie constante de la loi relativement à la capacité de consentir requise pour le mariage.

Il est certain qu'une ratification expresse donnée à l'âge compétent éteindrait également l'action.

Il faut remarquer que la ratification de l'époux, quelle qu'elle soit, ne saurait éteindre le droit des ascendants ou du conseil de famille : ce droit est fondé sur l'autorité domestique, il ne peut donc pas être dans la dépendance de ceux-là même sur lesquels cette autorité s'exerce.

Si le mariage a été contracté avant la puberté requise, s'il est adultérin ou incestueux, l'ordre public, la morale universelle sont offensés. Alors la nullité est absolue; elle peut être invoquée, selon l'art. 184,

Cod. civ., soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.

Avant d'insister sur les termes et la portée de l'art. 184, il faut dire la nature spéciale de la nullité fondée sur l'impuberté.

Elle a cela de remarquable que, seule entre toutes les nullités absolues, elle est temporaire; elle ne peut plus être invoquée par personne, lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge légal (art. 185). En effet, dès que la puberté survient, le scandale disparaît et n'est plus qu'un fait passé; la nullité doit donc s'éteindre avec sa cause : si la loi laisse vivre l'action pendant six mois encore, c'est parce qu'en donnant une action la loi doit laisser un temps utile pour l'exercer.

Néanmoins, si la femme impubère conçoit avant l'expiration de ces six mois, c'est-à-dire, à une époque quelconque antérieure à l'âge de quinze ans et demi, ce n'est plus seulement à cet âge, mais immédiatement que l'action sera éteinte (art. 185), car la loi démentie par une conception précoce, ou qui suit de près l'âge compétent, ne doit pas aspirer à être plus sage que la nature.

La nullité prononcée avant que la grossesse soit survenue est un fait irrévocablement acquis, à moins que le jugement ne puisse être réparé en appel où l'on peut toujours invoquer des moyens nouveaux.

Lorsque la femme allègue une grossesse, soit antérieure soit même postérieure à l'instance non terminée, le tribunal ne saurait ordonner une vérification peu morale en elle-même et à laquelle, d'ailleurs, il serait impossible de contraindre la femme; mais il doit suspendre l'instance jusqu'à l'expiration du temps le plus long de la gestation, c'est-à-dire, pendant dix mois à partir de l'époque à laquelle la femme fait remonter la conception. Si la femme est délivrée dans ce délai, le mariage sera valide; dans le cas contraire, il sera déclaré nul. Néanmoins, si la femme, prétendant qu'elle s'est trompée sur l'origine de sa grossesse, demande un nouveau délai, le tribunal pourra l'accorder ou le refuser selon les circonstances. En un mot, le tribunal doit chercher à s'assurer, autant qu'il est en lui, que la femme a conçu avant ou depuis le commencement de l'instance, afin de ne pas prononcer une nullité malgré le fait qui doit valider le mariage.

Néanmoins, M. Duranton, n° 320, n'admet la conception comme fin de non recevoir contre la nullité que lorsqu'elle a eu lieu avant que l'action fût intentée : cette distinction me paraît contraire à la pensée intime de la loi, qui doit appeler et non pas proscrire les réparations.

Bien plus, des auteurs soutiennent que les époux devraient être condamnés à une séparation provisoire pendant l'instance, afin qu'un rapprochement postérieur à la demande en nullité ne pût pas leur offrir le moyen de l'éluder. Mais comment une telle séparation pourra-t-elle être exécutée? D'ailleurs, je

le répète, où est le mal qu'un mariage devienne valide? La société n'aura-t-elle pas à s'applaudir de ce résultat, et peut-on croire que la loi ait voulu méconnaître son vœu et sacrifier ses prérogatives?

Au reste, la grossesse de la femme impubère n'est un obstacle à la nullité du mariage que lorsque le mari avait l'âge compétent à l'époque à laquelle la conception doit être fixée. Avec un principe contraire, il aurait été trop facile à la femme de valider un mariage par des relations criminelles.

Les particularités relatives au défaut d'âge étant désormais connues, je reviens à l'art. 184.

Dans les hypothèses qu'il prévoit, il donne l'action en nullité au ministère public dépositaire des intérêts de la morale universelle. L'art. 190 dit même que le ministère public *doit* intenter cette action et faire condamner les époux à se séparer.

Il faut remarquer que le droit et le devoir du ministère public n'existent que *du vivant* des deux époux : la mort de l'un d'eux met, en effet, un terme au scandale.

Dans le cas de bigamie, la mort de l'époux au préjudice duquel le second mariage a été contracté produit le même résultat, et dès lors le ministère public ne peut plus agir, quand même les époux bigames vivraient encore.

J'ai prouvé, au titre *de l'absence*, que le mariage contracté au préjudice d'un époux *déclaré* ou *présumé* absent pouvait être attaqué par le ministère public, mais seulement après le retour de l'absent

dans le lieu où les nouveaux époux mènent une vie commune. Je crois encore que le ministère public est privé de toute action avant le retour du premier époux, quand même celui-ci n'aurait jamais cessé de donner de ses nouvelles, car la *présence simultanée* de deux femmes unies au même homme, ou de deux maris unis à la même femme, constitue seule le scandale flagrant que le ministère public a mission de faire cesser.

L'art. 184 donne encore l'action *aux époux eux-mêmes*. Le droit de s'arracher à une position réprouvée ne pouvait être refusé même à ceux qui ont eu le tort de s'y placer.

L'époux pubère peut donc, aussi bien que l'autre époux qui ne l'est pas, demander la nullité du mariage contracté avant l'âge requis : dans le cas d'inceste, toute distinction est évidemment impossible : enfin, dans le cas de bigamie, il est facile de voir que l'action en nullité peut appartenir à trois personnes. J'ai dit, en outre, et démontré, au titre *de l'absence*, que malgré l'art. 139 qui semble restreindre à l'absent *seul* agissant par lui-même, s'il est de retour, ou par un mandataire, s'il ne l'est pas, le droit d'attaquer un second mariage contracté à son préjudice, ce droit appartenait aux nouveaux époux, dès qu'ils ne pouvaient plus douter de l'existence actuelle de l'absent ou même de son existence lors du second mariage.

L'art. 184 donne enfin l'action dans les cas qu'il prévoit à *tous ceux qui y ont intérêt*. Or, l'on verra bientôt que les collatéraux ne peuvent agir que pour

un intérêt pécuniaire, et que cet intérêt, qui doit être *né et actuel*, ne peut exister qu'à la dissolution du mariage.

Mais les ascendants et le conseil de famille peuvent-ils agir pendant la vie des époux, c'est-à-dire, quand ils n'ont encore qu'un intérêt moral?

Je ne saurais en douter. Il faut, je crois, chercher la pensée de la loi dans l'art. 186, Cod. civ., qui me paraît renfermer une démonstration complète, et sur lequel nulle attention ne s'est arrêtée : « Le père, dit-il, la mère, les ascendants et la famille *qui ont consenti au mariage contracté avant l'âge requis*, ne sont point recevables à en demander la nullité ». Or, si les ascendants et le conseil de famille étaient exclus d'une manière générale dans les cas de défaut d'âge, de bigamie et d'inceste, qu'ils eussent ou non consenti au mariage, à quoi servirait l'exclusion spéciale prononcée par l'art. 186 dans cette hypothèse unique où il s'agit de l'union formée avant l'âge, à laquelle les ascendants ont consenti? Une exclusion d'ensemble ne comprendrait-elle pas toutes les exclusions partielles? L'hypothèse prévue par l'art. 186 est donç une exception à toutes les autres hypothèses; et, par conséquent, en dehors de l'exception qui refuse le droit, il y a une règle générale qui le concède.

D'ailleurs, on verra l'art. 191 donner formellement l'action en nullité aux ascendants, quand le mariage n'a pas reçu la publicité légale, et, chose remarquable, isoler les ascendants de ceux qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel, c'est-à-dire, re-

connaître qu'ils peuvent être dirigés par un intérêt d'un autre ordre. Comment donc expliquerait-on un refus alors qu'il s'agit du défaut d'âge, de l'inceste ou de la bigamie qui constituent des infractions tout aussi graves?

N'est-ce pas, enfin, une noble pensée de la loi que d'associer les ascendants, membres vénérés de la famille, et le conseil qui veille sur le mineur, à l'action du ministère public, et de les convier ainsi à une œuvre morale et réparatrice? Je conçois très-bien que, s'il s'agit du mariage d'un impubère auquel les ascendants ou la famille aient consenti, la loi, en présence de cette complicité, répudie leur concours; ici, en effet, la nullité a cela de particulier qu'elle s'affaiblit avec le temps et peut bientôt complétement disparaître. Mais une telle complicité, malgré ce qu'elle a de déplorable, ne saurait être une cause suffisante d'exclusion quand il s'agit de clandestinité, d'inceste ou de bigamie. Des intérêts plus élevés exigent, alors, que la loi multiplie le droit de provoquer des réparations et accepte même des concours qui pourraient être plus purs : la société a été offensée, et, bien plus, dans les deux derniers cas, le scandale s'augmente par là même qu'il se perpétue.

Le droit des ascendants et de la famille étant ainsi reconnu en principe, sera-t-il exercé concurremment ou bien dans un ordre hiérarchique?

Je crois qu'il appartient à tous concurremment. Il ne s'agit pas ici de venger une autorité méconnue, mais de venger l'honneur de la famille qui est un

des éléments de la pudeur publique; or, un tel droit est, par sa nature, exclusif de toute hiérarchie. Toullier, n° 633, après avoir hésité pour accorder, en principe, le droit lui-même, ajoute qu'au reste il n'appartiendrait que graduellement comme le droit d'opposition. L'art. 173, Cod. civ., consacre, il est vrai, pour le droit d'opposition concédé aux ascendants, la même hiérarchie que pour le consentement; mais l'art. 191, qui donne d'une manière expresse l'action en nullité aux ascendants, quand le mariage n'a pas été public, ne dit pas, comme l'art. 173 : le père, et à défaut du père, la mère, et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules; il dit : les père et mère, les ascendants. Or, ce texte donne la mesure du droit des ascendants et du conseil de famille toutes les fois qu'ils invoquent une nullité absolue. L'on conçoit très-bien, d'ailleurs, la différence qui existe entre le droit de s'opposer au mariage et celui de l'attaquer pour une cause d'ordre public; l'un se fondant sur la nécessité hiérarchique du consentement, quand les enfants ont encore l'âge où cette nécessité est imposée, et pouvant, après cet âge, se fonder sur des motifs capricieux; l'autre prenant toujours sa source dans le scandale auquel les ascendants ou la famille veulent arracher des malheureux ou des coupables qui leur sont chers.

L'art. 187 proclame le droit des collatéraux; il le fonde sur l'intérêt pécuniaire *né et actuel :* or, ainsi que je l'ai dit plus haut, cet intérêt ne commence qu'à la dissolution du mariage. C'est alors seulement que les collatéraux sont intéressés à faire déclarer

les enfants illégitimes, afin de les exclure de la succession et de la recueillir eux-mêmes. Ils sont encore intéressés à faire déclarer illégitime l'époux survivant, afin de le priver des donations que le contrat de mariage peut renfermer à son profit. Il est évident, au reste, que l'action en nullité n'appartient jamais qu'aux collatéraux de l'époux décédé.

Dans le cas de bigamie, les enfants du premier mariage n'ont un intérêt né et actuel à attaquer le second qu'à la mort de leur père ou de leur mère marié une seconde fois, afin d'exclure les enfants de la seconde union, ou d'anéantir les avantages matrimoniaux faits au survivant.

Néanmoins, si une succession vient à s'ouvrir au profit d'un époux, qu'il en soit écarté comme indigne (art. 727, Cod. civ.), et que les enfants de son mariage se présentent pour la recueillir de leur chef, les collatéraux de l'indigne, ou les enfants qu'il aurait eus d'un premier mariage au préjudice duquel il aurait contracté le second, pourraient très-bien demander la nullité de l'union subsistante. En effet, dans ce cas spécial, leur intérêt serait *né et actuel* du vivant même des époux; et l'art. 187, interprété par son esprit, n'exige pas autre chose.

Les collatéraux ou les enfants d'un premier mariage ne sauraient être repoussés par le motif qu'ils auraient donné leur assentiment au mariage attaqué. Leur droit, prenant sa source dans une infraction absolue à l'ordre public, doit vivre avec une telle cause qui est placée au-dessus de toutes les ratifications individuelles. Mais cette fin de non recevoir

pourrait, je crois, être opposée aux collatéraux s'il s'agissait d'un mariage contracté avant l'âge requis : en effet, dans cette hypothèse spéciale, la loi (art. 186) dénie l'action en nullité aux ascendants et à la famille qui ont consenti au mariage. Comment donc serait-il dans son esprit de la maintenir au profit des collatéraux malgré une complicité identique?

Il est évident que, dans les cas où les collatéraux peuvent agir par intérêt matériel, tous les ascendants, sauf le cas de l'art. 186, le peuvent aussi par un mobile semblable. C'est là un droit distinct de celui que je leur reconnaissais tout à l'heure en le fondant sur leur seul intérêt moral.

Je ferai remarquer ici, avec l'art. 189, que si la nullité d'un second mariage, fondée sur des liens préexistants, est demandée par qui que ce soit, et que les époux attaqués opposent la nullité des premiers liens, cette question préjudicielle doit d'abord être décidée; car, si le premier mariage est nul, le second sera pur du vice de bigamie.

L'art. 191, Cod. civ., détermine par quelles personnes peut être attaqué le mariage clandestin : c'est encore par les époux eux-mêmes, par les ascendants, par ceux qui ont un intérêt né et actuel, et par le ministère public.

Cet article ne définit pas la clandestinité; mais les publications, l'intervalle entre les publications, l'intervalle entre les publications et la célébration, la célébration dans la maison commune, la présence de quatre témoins ayant les qualités re-

quises, et la compétence de l'officier célébrant, sont, aux yeux de la loi, les élements constitutifs de la publicité. Si donc un seul de ces éléments est méconnu, le principe de la publicité est violé : toutefois il serait trop sévère de conclure que, par là même, il y a clandestinité. Selon la saine raison, la clandestinité est susceptible d'appréciations diverses qui rentrent nécessairement dans le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Tel est, au reste, le vœu de la loi révélé par les art. 192 et 193, Cod. civ., ainsi conçus :

« Si le mariage n'a point été précédé des deux publications requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans les publications et célébrations n'ont point été observés, le procureur du roi fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder trois cents francs, et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune (art. 192, Cod. civ.).

» Les peines prononcées par l'art. précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention aux règles prescrites par l'art. 165 (qui veut que le mariage soit célébré *publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties*), LORS MÊME QUE CES CONTRAVENTIONS NE SERAIENT PAS JUGÉES SUFFISANTES POUR FAIRE PRONONCER LA NULLITÉ DU MARIAGE (art. 193, Cod. civ.). »

Toute atteinte à la publicité n'entraîne donc pas

la nullité inévitable du mariage : l'omission plus ou moins complète des éléments que j'ai énumérés peut trouver, sans doute, une double sanction dans la nullité et dans l'application d'une peine, mais aussi cette dernière sanction peut suffire.

En vain des auteurs se refusent-ils plus particulièrement à croire à la validité du mariage, quand il n'a pas été contracté devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, ou quand celui-ci l'a célébré hors de sa commune, parce que, dans ces cas, ils considèrent le magistrat comme n'ayant pas de caractère officiel : tel n'est pas le point de vue où la loi s'est placée. Ici, une seule chose la préoccupe, c'est la publicité; pour atteindre ce but, elle emploie des moyens divers, et parmi eux, la compétence de l'officier de l'état civil occupe une place importante. Or, la contravention à la règle de la compétence peut n'être pas *suffisante*, comme dit l'art. 193, pour opérer une nullité. En effet, le mariage célébré devant un officier de l'état civil incompétent n'est pas nécessairement clandestin, il a pu être connu de tous et contracté de bonne foi; il a fondé, peut-être, une famille dont la cité s'honore; des intérêts moraux sont attachés à sa consécration; enfin, on ne brise pas un mariage comme une vente. Qu'est-ce donc qu'une nullité irrémissible prononcée par la loi aurait de plus sage que la sagesse des tribunaux?

Néanmoins, ainsi que je l'ai dit précédemment, le mariage entre *Français et étrangers*, célébré en pays étranger par le consul ou agent diplomatique français, me paraît frappé d'une nullité essentielle,

car il n'y a pas seulement chez le consul ou agent diplomatique une incompétence relative, mais une incompétence absolue, radicale et fondée sur l'absence même du titre d'officier de l'état civil, qui ne lui est exceptionnellement accordé que pour marier des Français.

J'ai démontré enfin que tout mariage célébré en pays étranger est nul s'il n'a pas été publié en France.

Ici doit se placer, comme corollaire des nullités de mariage, le principe qui attribue à un mariage déclaré nul tous les effets d'un mariage valable, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

Si la bonne foi est commune aux deux époux, le mariage déclaré nul produira tous les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants (art. 201, Cod. civ.). Ainsi les enfants auront tous les honneurs et tous les droits de la légitimité, ils succéderont à leurs père et mère et aux parents de ceux-ci, et ces droits de succession seront réciproques : les époux, considérés l'un par rapport à l'autre, conserveront, en se séparant, les avantages mutuels qui auront été stipulés dans leur contrat de mariage.

Mais, si l'un des époux meurt sans parents au degré successible, l'autre époux lui succédera-t-il en vertu de l'art. 767, Cod. civ., ou bien la succession sera-t-elle acquise à l'état en vertu de l'art. 768?

Les avis sont partagés. L'on peut, en effet, insister sur cette idée que l'éventualité, pour l'un des époux,

du droit de recueillir la succession de son conjoint, est au nombre des effets civils du mariage. Néanmoins il est plus vrai de dire que la nullité du lien rend les époux désormais étrangers l'un à l'autre, et que la loi appelle à se succéder réciproquement deux époux et non pas deux étrangers; que nulle analogie n'existe entre des droits expressément stipulés dans un contrat, qui subsistent malgré la nullité du mariage, parce que la bonne foi doit protéger toutes les conventions, et des droits possibles ou probables qui doivent disparaître quand le titre auquel la loi les attache s'est évanoui. Enfin, si l'un des époux se remariait après l'annulation du mariage, faudrait-il donc attribuer sa succession au premier conjoint et en exclure le second? Or, cette hypothèse juge la difficulté.

Si un seul des époux est de bonne foi, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage (art. 202, Cod. civ.). Ainsi, les enfants succéderont encore à leurs père et mère et aux parents de ceux-ci; ces droits de succession seront encore réciproques, sauf en ce qui concerne le père ou la mère de mauvaise foi qui ne succédera pas aux enfants. Si l'on considère les époux entre eux, celui qui aura été de bonne foi profitera des avantages stipulés dans le contrat, mais l'autre n'en profitera pas, quand même les avantages seraient mutuels, car il est logique de le priver seul, à cause de sa faute qui est personnelle, du bienfait de la réciprocité.

Si les époux sont mariés sans contrat, et, par con-

séquent, placés sous le régime de la communauté légale, celui qui sera de bonne foi pourra demander le partage de la communauté, conformément aux règles établies par la loi. S'il a mis en commun moins de biens et plus de dettes, il profitera des avantages de la division par moitié. Si, au contraire, il avait apporté plus de biens et moins de dettes que l'autre, et qu'ainsi le partage dût lui être désavantageux, il pourrait réduire la communauté légale à une simple communauté de fait, réclamer ce qu'il a apporté et le montant des dettes de l'autre époux qu'il a payées avec des fonds personnels, ou la part pour laquelle il a contribué à des paiements faits avec des fonds communs, et le partage par moitié se bornerait alors aux biens acquis en commun pendant la durée de la vie commune.

La bonne foi dans le mariage est la conviction sincère des époux ou de l'un d'eux qu'aucune des conditions requises pour sa validité n'a été méconnue : c'est toujours une question de fait que les tribunaux apprécieront d'après les circonstances.

Quand le mariage a été contracté sans le consentement des ascendants, du conseil de famille, du tuteur *ad hoc*, ou avant l'âge requis, il y a cela de remarquable que les époux ne doivent pas se séparer dès que le vice de leur union vient à être révélé. La nullité est susceptible d'être couverte; or les intérêts bien entendus de la société et de la morale exigent qu'ils continuent une vie commune qui bientôt peut-être sera complétement légitime. Il en est de même quand le mariage est menacé d'une attaque

pour défaut de publicité : ici il y a un point de fait dont nul des époux ne saurait se rendre juge et que les tribunaux pourront résoudre en leur faveur. Il en est de même, enfin, dans le cas où le consentement exigé de la part des époux n'a pas été libre, car la nullité essentiellement relative et temporaire dépend encore des circonstances.

Or, dans toutes ces hypothèses, s'il y a bonne foi, le mariage produira ses effets civils en faveur des enfants et en outre en faveur des époux ou de l'un d'eux, jusqu'au jour où le jugement qui les condamnera à se séparer sera passé en force de chose jugée, parce qu'à dater de cette époque seulement leur position sera devenue illégitime sans retour.

Mais il ne saurait en être ainsi dans les cas de bigamie et d'inceste. Instruits de leur parenté ou de leur alliance au degré prohibé, instruits de l'existence actuelle d'un premier lien ou même de son existence passée, mais contemporaine de leur union, les époux ne sauraient cohabiter désormais sans une mauvaise foi criminelle. Aussitôt les effets civils du mariage doivent cesser à leur égard : de même, les enfants conçus postérieurement à l'époque où il sera démontré que la bonne foi n'existait plus ne pourront en invoquer les conséquences, ils seront incestueux, adultérins ou naturels, en fait et en droit, tandis que ceux qui auront été conçus antérieurement seront incestueux, adultérins ou naturels, en fait, mais jouiront, en droit, de tous les avantages de la légitimité, les uns repoussés à cause de la persévérance scandaleuse de leurs parents, les autres pro-

tégés par leur fatale mais innocente erreur. Ces diverses classes d'enfants offrent, sans doute, un spectacle dont l'homme peut s'affliger, mais qui ne choque en rien la raison du jurisconsulte.

Le même principe me paraît applicable au mariage contracté par erreur avec un mort civil.

Les art. 194 à 200 contiennent les principes relatifs à la preuve du mariage, et quoique la loi les place dans le chapitre qui renferme la théorie des nullités, il est certain qu'ils ne s'y rattachent que d'une manière très-indirecte.

En règle générale, le mariage doit être prouvé, soit entre époux, soit envers toute personne qui le nie, par l'acte même de célébration inscrit sur les registres de l'état civil (art. 194, Cod. civ.).

La plus longue possession d'état ne saurait suffire.

La possession d'état est une réunion de circonstances qui tendent à révéler l'état civil dont un individu a joui et dont il jouit encore aux yeux de la famille et de la société.

En vain les prétendus époux prouveraient-ils que, soit dans leurs rapports mutuels et intimes, soit dans leurs rapports extérieurs, ils ont toujours eu l'attitude de deux personnes légitimement unies; que, par exemple, la femme a porté le nom de l'homme, qu'elle a reçu de lui tous les égards dus à une épouse, qu'elle a constamment passé pour telle: il importe encore qu'un acte de mariage démontre que la plus longue vie commune n'est pas un mensonge ayant les dehors de la vérité, et que l'union, pure dans son

origine, a reçu la consécration du ministre de la loi (art. 195, Cod. civ.).

Dans le cas même où il est prouvé qu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus, la possession d'état ne saurait servir de titre; elle ne peut être qu'un puissant motif pour faire admettre, en vertu de l'art. 46, Cod. civ., la preuve testimoniale du fait même de la célébration.

Si la possession d'état ne peut pas remplacer l'acte de mariage, elle sert, au moins, à en effacer les irrégularités.

Ainsi, *les époux* qui représenteraient un acte de célébration irrégulier, mais qui auraient la possession d'état d'époux légitimes, seraient *respectivement* non recevables à se prévaloir des irrégularités de l'acte pour faire annuler leur mariage (art. 196, Cod. civ.). Malgré les termes de la loi qui, en apparence, sont limitatifs, et malgré l'opinion contraire énoncée par Merlin (*Rép.*, v° *mariage*, sect. 6, § 2), les héritiers de l'époux décédé ne pourraient pas se prévaloir des irrégularités de l'acte contre l'époux survivant : en effet, celui-ci se défendrait par le titre et par la possession d'état, et on ne voit pas pourquoi les héritiers auraient plus de droits que l'époux qu'ils représentent. De même, l'époux survivant ne pourrait pas invoquer ces irrégularités contre les héritiers de l'autre, car ceux-ci se défendraient encore, comme aurait pu le faire leur auteur, par le titre irrégulier et par la possession d'état qui en avait effacé les vices. Enfin la contestation n'aurait pas plus de succès entre les héritiers des deux époux décédés.

Il faut bien remarquer que, nonobstant la possession d'état, le droit de demander la nullité du mariage considéré en lui-même et abstraction faite de l'acte qui le constate, continue d'appartenir à tous ceux à qui il est accordé par les principes généraux.

L'acte inscrit sur une feuille volante est loin, sans doute, de prouver le mariage, et M. Duranton, nº 251, a raison de soutenir que la possession d'état ne saurait couvrir par elle-même et de plein droit une aussi grave irrégularité. Mais si M. Duranton veut dire que les tribunaux ne pourront jamais voir, par exception et en appréciant les circonstances, la preuve du mariage dans le concours simultané de la feuille volante et de la possession d'état, il nie un pouvoir discrétionnaire que le sens intime réclame et que ne désavoue pas l'esprit de la loi.

Je crois dès lors, et à plus forte raison, qu'un tel concours, qui constitue au moins un commencement de preuve morale et de preuve écrite, doit déterminer les tribunaux à admettre la preuve testimoniale de la célébration du mariage, même en dehors des hypothèses expressément prévues par l'art. 46, Cod. civ.

Si les époux sont *tous deux décédés*, leurs enfants peuvent ne pas connaître le lieu où ils se sont mariés : la loi ne doit donc plus exiger que, pour établir leur propre légitimité, ces enfants prouvent le mariage par l'acte même de célébration. Il leur suffira de démontrer la possession d'état de leurs père et mère, et leur propre possession d'état, c'est-à-dire de s'appuyer sur des

circonstances qui, puisées dans la vie de famille et dans la vie sociale, révèleront qu'ils ont toujours été considérés comme les enfants légitimes d'un père et d'une mère regardés eux-mêmes comme légitimement unis.

Il faudra, en outre, que la légitimité prouvée par ce double concours de faits moraux *ne soit pas contredite* par leur acte de naissance.

Si donc cet acte les qualifiait d'enfants naturels, cette preuve écrite de leur filiation illégitime serait toute-puissante.

S'ils n'avaient pas d'acte de naissance, ou si leur acte de naissance les représentait comme nés de parents inconnus, ou s'il ne contenait que le nom d'un père ou que celui d'une mère, ou s'il s'abstenait d'indiquer que le père et la mère sont mariés, il n'aurait, sans doute, rien de conforme à la preuve morale, mais il n'aurait rien de contraire, et alors celle-ci l'emporterait. Au moins, l'on ne pourrait pas la récuser *sous le seul prétexte* du défaut de représentation de l'acte de célébration. Mais d'autres prétextes pourraient être allégués : on pourrait soutenir, par exemple, que le père a donné dans le même temps le titre d'épouse à deux femmes, et que les enfants de chacune d'elles ont usurpé les apparences de la légitimité. Dans ce cas, tous les enfants seraient illégitimes jusqu'à ce qu'il fût prouvé avec laquelle des deux femmes le père était marié (art. 197, Cod. civ., analysé).

Il ne faut pas oublier que l'art. 197 consacre une exception, et que dès lors il ne doit pas être étendu

au-delà des limites dans lesquelles il s'est renfermé lui-même. La condition du décès des deux époux n'est donc pas remplie par la mort de l'un et l'absence ou l'interdiction de l'autre : les enfants rentrent alors dans la règle générale. Ne serait-il pas à craindre, en effet, qu'après avoir proclamé la légitimité d'un enfant, sans exiger la représentation de l'acte de mariage de ses père et mère, à cause de l'assimilation de l'absence ou de l'interdiction au décès même, la justice, par suite de révélations soudaines, et sur des prétentions nouvelles, ne fût obligée de décider qu'il n'y a eu qu'un concubinage entre le défunt et le survivant désormais de retour ou qui a recouvré sa raison ?

Enfin, soit pendant la vie, soit après la mort des prétendus époux, une poursuite criminelle peut être dirigée contre l'auteur de la suppression ou de l'altération d'un acte de mariage. Alors, il ne peut pas y avoir de coupable sans qu'un acte de mariage ait existé : le jugement de condamnation inscrit sur les registres de l'état civil assurera donc au mariage tous les effets civils à compter du jour de la célébration qui aura été constatée (art. 198, 199, Cod. civ.).

Quoique l'instruction criminelle ne tende qu'à la recherche du fait même de la célébration, il faut, à moins de rendre impossible l'application du principe, attacher à la reconnaissance de ce fait la présomption que les conditions et les formalités requises pour la validité du mariage ont été accomplies.

Si, lors de la découverte de la fraude, le coupable,

officier de l'état civil ou autre, est décédé, l'action civile, désormais seule possible, sera dirigée contre ses héritiers, non pas directement par les parties intéressées, mais par le ministère public, en leur présence et sur leur dénonciation (art. 200, Cod. civ.). La loi a craint entre les héritiers directement poursuivis et les parties poursuivantes qui ont intérêt à créer la preuve d'un mariage imaginaire, un concert frauduleux qu'elle ne doit plus redouter quand le ministère public est lui-même partie principale.

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

Le mariage, par sa nature, impose aux époux et aux enfants qui en reçoivent le jour des devoirs réciproques.

Les uns sont d'un ordre matériel, les autres appartiennent à l'ordre moral.

L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère (art. 371, Cod. civ.) : telle est la loi morale rappelée dans la loi écrite.

Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation d'*élever* leurs enfants (art. 203, Cod. civ.) : telle est la loi de conscience également rappelée par la loi positive. Celle-ci s'abstient, à cet égard, de toute prescription particulière; elle abandonne à la tendresse des parents tout ce qui concerne l'éducation, l'instruction et

l'avenir social des enfants. Elle se repose encore sur eux du soin de favoriser leur mariage par une dot ou de seconder des établissements d'une autre nature par des sacrifices analogues, et, sous ce rapport, elle refuse aux enfants toute action devant les tribunaux afin de tarir une source de débats affligeants pour les familles et pour la société (art. 204, Cod. civ.).

Dans l'ordre matériel, les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et même à leurs ascendants d'un degré supérieur qui sont dans le besoin (art. 205, Cod. civ.).

Tel est aussi le devoir des père et mère envers leurs enfants révélé par ces termes de l'art. 203: « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de *nourrir* et *entretenir* leurs enfants. »

Tel est, enfin, le devoir des ascendants envers leurs petits-enfants, car l'art. 207, qui fait évidemment allusion à l'art. 205 où se trouve écrite l'obligation des petits-fils, dit que cette obligation est réciproque.

L'on verra bientôt qu'il y a d'autres membres de la famille qui se doivent aussi des aliments.

Dans la pensée de la loi, les aliments comprennent tout ce qui est nécessaire à la vie physique, c'est-à-dire la nourriture, les vêtements et l'habitation.

Toute sa théorie repose sur deux idées principales indiquées par la saine raison : celui qui réclame des aliments doit prouver l'état de pénurie qui, seul, peut légitimer sa demande, et, entre les divers parents

soumis à l'obligation d'en fournir, il doit s'adresser à celui qui est au degré le plus proche.

Les petits-fils ne doivent donc pas des aliments à leurs aïeuls ou aïeules, lorsque les fils peuvent satisfaire à ce devoir.

Cela me paraît vrai même dans l'hypothèse où avec des fils il y a des petits-fils dont le père est mort ou insolvable. Toutefois, M. Duranton, n° 394, pense qu'alors ces petits-fils succèdent à l'obligation de leur père, parce qu'ils sont ou doivent être ses héritiers; qu'en supposant qu'ils répudient sa succession, ils peuvent le représenter dans celle de l'aïeul, et qu'enfin leur obligation a une cause suffisante dans leur propre qualité de petits-fils.

Mais ces motifs s'appliquent tout aussi bien au cas où les petits-fils ont leur père vivant et solvable. Alors encore on peut dire qu'ils sont destinés à être les héritiers de celui-ci ou qu'ils le représenteront dans la succession de l'aïeul, et invoquer leur propre qualité : il faudrait donc proclamer, en principe et dans tous les cas, le concours des enfants et des petits-enfants. On voit, dès lors, combien l'opinion que je combats est incompatible avec l'échelle si logique des droits et des devoirs que M. Duranton admet lui-même.

Bien plus, si l'on cesse un instant d'attacher l'obligation d'une manière exclusive à la proximité du degré et par conséquent du lien, il faut l'imposer aux héritiers de l'enfant, fussent-ils des collatéraux et même des étrangers : c'est précisément la conséquence à laquelle M. Duranton, n° 407, se trouve

conduit. Or, cette conséquence me paraît subversive de l'économie toute entière de la loi. La loi civile a voulu prêter son appui à un devoir naturel : un tel devoir ne saurait se transmettre et survivre aux rapports qui sont sa cause et sa base.

Réciproquement, les aïeuls ou aïeules ne doivent des aliments à leurs petits-enfants que dans le cas où ceux-ci ne pourraient pas en recevoir de leurs père et mère.

L'obligation des père, mère et autres ascendants subsiste, quoique les enfants aient reçu d'eux des sommes destinées à favoriser un établissement quelconque, et qu'ils les aient follement dissipées. Elle subsiste alors même qu'un enfant se serait marié ou aurait fait choix d'une carrière contre leur gré. L'état présent de pénurie doit toujours suffire ; je ne saurais concevoir une seule hypothèse où il puisse être dans l'esprit de la loi de nier le droit d'un enfant qui demande à vivre. La sagesse des tribunaux, qui se montreront plus ou moins larges, selon que la détresse invoquée aura pour cause une faute ou un malheur, n'est-elle pas une puissante garantie contre l'insubordination ou l'oisiveté ?

Je dois m'étonner de l'opinion unanime des auteurs qui refusent à un enfant le droit de demander des aliments à un ascendant lorsque, condamné pour avoir tenté de donner la mort à celui-ci, ou pour avoir calomnieusement porté contre lui une accusation capitale (art. 727, Cod. civ.), cet enfant est indigne de lui succéder.

Je m'étonne bien plus encore de les voir étendre

cette exclusion aux cas mêmes où l'indignité ne serait pas du nombre de celles qui, un jour, doivent écarter l'enfant de la succession.

Comment ces auteurs ont-ils pu confondre le droit de succéder et le droit de vivre? Ne voit-on pas que l'un peut apporter des superfluités, et que l'autre est l'irrésistible conséquence d'une nécessité? Ne voit-on pas qu'il est moral d'enlever le superflu à un indigne, mais qu'il est contraire à toute idée de civilisation et d'humanité d'autoriser un ascendant à se faire justice d'un outrage en niant le besoin, la souffrance, la faim? Et en présence de cette distinction fondée sur l'essence des choses et sur la saine raison, que m'importe le principe contraire des lois romaines qui ont plus d'une fois méconnu la nature? Que m'importe la jurisprudence ancienne qui adoptait trop souvent ces lois sans réflexion et sans philosophie?

Lorsqu'un individu a tout à la fois son père et son fils, l'obligation de tous les deux paraît d'abord la même. Néanmoins, celle du fils est plus sacrée; elle renferme un élément qui ne se retrouve pas dans l'autre, c'est la reconnaissance et le respect.

Les enfants naturels doivent des aliments à leurs père et mère, et ceux-ci en doivent à leurs enfants. Sur ce point, l'esprit de la loi supplée évidemment à son silence.

Mais ce principe ne s'applique pas aux propres ascendants des père et mère naturels. La loi, à moins qu'il ne s'agisse de prohibitions au mariage, n'admet, pour les enfants naturels, d'autres parents que

le père ou la mère qui les a reconnus (art. 756, Cod. civ.) : le mariage seul fonde la famille avec ses degrés, ses ramifications, ses hiérarchies, ses droits et ses devoirs.

Les gendres et brus (c'est par erreur que la loi dit belles-filles) doivent aussi des aliments à leurs beau-père et belle-mère (art. 206), et cette obligation est réciproque (art. 207, Cod. civ.).

C'est surtout ici qu'il ne faut pas perdre de vue la gradation naturelle et logique du droit et de l'obligation.

Ainsi, les beau-père et belle-mère doivent d'abord épuiser leur action contre leurs descendants et leurs ascendants : il en est de même du gendre et de la bru. L'obligation réciproque de ces alliés n'est que subsidiaire, elle est placée au dernier degré de l'échelle.

Lorsque la fille a des biens personnels dont les conventions matrimoniales lui laissent la jouissance, c'est elle qui doit fournir les aliments : lorsque son mari perçoit tous ses revenus, c'est lui qui doit être actionné, mais à titre de détenteur de la fortune de sa femme. Bien plus, si le gendre n'avait reçu aucune dot et que sa femme eût des frères ou des sœurs seuls en état de fournir des aliments, il ne succéderait pas à l'obligation de celle-ci, parce que son obligation personnelle ne commence qu'autant qu'il n'existe plus d'obligés principaux. Toutefois si, dans le cas où son obligation est suspendue, parce que sa femme a des biens personnels, il fournit lui-même des aliments sans faire aucune réserve, on devra

croire qu'il a voulu acquitter une dette de bienséance, et qu'il a renoncé dès lors à toute espèce de recours.

La belle-mère qui a convolé à de secondes noces n'a plus aucun droit contre son gendre ou sa bru, parce qu'elle est entrée dans une nouvelle famille (art. 206, Cod. civ.). Mais le devoir existe toujours pour elle, car la loi, en disant que les obligations entre les alliés de cette catégorie sont réciproques, ne dit pas qu'elles devront toujours exister simultanément, et que l'extinction de l'une amènera de toute nécessité l'extinction de l'autre. La belle-mère peut très-bien anéantir son droit et se mettre en dehors de la réciprocité, mais elle ne peut pas anéantir le droit individuel du gendre ou de la bru. Serait-il juste de faire subir à ceux-ci l'influence d'un fait étranger?

Les mêmes motifs conduisent à une solution analogue quand c'est la bru ayant des enfants d'un premier mariage qui s'est remariée : son droit est éteint, son devoir subsiste.

Au reste, toute obligation cesse de part et d'autre lorsque l'époux qui produisait l'alliance et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés (art. 206, Cod. civ.).

En imposant aux gendres et aux brus le devoir de fournir des aliments à leurs beau-père et belle-mère, la loi ne parle pas des ascendants de ces derniers. Il me paraît impossible de créer cette nouvelle obligation. En pareille matière, il faut d'autant moins s'écarter du texte, que les raisons de sentiment et

les considérations pourraient ouvrir une large voie à l'arbitraire.

Il est à remarquer que les obligations qui viennent d'être consacrées par la loi civile se renferment toutes dans la ligne directe et que, dès lors, dans la ligne collatérale, il n'existe, sur ce point, que des devoirs d'affection et de conscience.

La quotité des aliments est déterminée par les tribunaux, d'après la fortune de celui qui les doit et les besoins de celui à qui ils sont dus (art. 208, Cod. civ.).

Il est évident que les besoins sont susceptibles d'appréciations diverses : « Il faut distinguer deux sortes de nécessaire, a dit Portalis dans l'exposé des motifs, l'absolu et le relatif. L'absolu est réglé par les besoins indispensables de la vie; le relatif, par l'état et les circonstances. Le nécessaire relatif n'est donc pas égal pour tous les hommes; l'absolu même ne l'est pas. La vieillesse a plus de besoins que l'enfance, le mariage que le célibat, la faiblesse que la force, la maladie que la santé. Les bornes du nécessaire absolu sont fort étroites. Un peu de justice et de bonne foi suffisent pour les connaître. A l'égard du nécessaire relatif, il est à l'arbitrage de l'opinion et de l'équité. »

Les besoins de celui qui réclame et la fortune de celui qui doit des aliments pouvant augmenter ou diminuer, chacun aura le droit réciproque de demander une fixation nouvelle déterminée par les éléments nouveaux (art. 209, Cod. civ.).

Lorsque des aliments sont dus par plusieurs personnes placées au même degré, leur obligation est-elle solidaire?

Bien des controverses ont eu lieu sur ce point. Les uns admettent, les autres nient la solidarité d'une manière absolue : d'autres croient seulement à une indivisibilité en vertu de laquelle le défendeur, s'il n'a pas soin de mettre en cause ses coobligés, sera condamné à fournir des aliments fixés d'après sa fortune considérée en elle-même, tandis que si les autres obligés sont mis en cause, le tribunal devra déterminer la contribution de chacun d'après sa fortune comparée à celle des autres.

Je ne saurais admettre aucun de ces systèmes. Les deux premiers tranchent arbitrairement la difficulté: le troisième se place en dehors de la difficulté même.

Voici donc ma pensée personnelle :

Si l'on interroge la nature de la dette, on ne peut nier qu'elle ne repose en totalité sur la tête de chaque débiteur. Chacun d'eux, en effet, doit assurer la vie de celui qui est dans le besoin, et si chacun ne devait pas l'assurer pour la totalité, la dette de tous, considérée dans le but qu'elle doit atteindre, serait une dette incomplète. Dès lors la créance qui répondrait à une telle dette serait une créance illusoire, car le droit du créancier, qui est sa vie à conserver, n'admet pas de fractionnement; il n'est rien s'il n'est tout.

D'un autre côté, il est certain que la dette est limitée par la fortune même du débiteur qui ne doit contribuer aux aliments que dans la proportion de

ce qu'il possède, c'est-à-dire, vivre lui-même avant de maintenir l'existence d'autrui.

Tels sont les véritables principes qui me paraissent devoir être mis en présence et qu'il s'agit de concilier.

Or, si un seul des coobligés est mis en cause, le tribunal devra toujours ordonner d'office que les autres soient appelés : il déterminera la quotité des aliments selon les besoins de celui qui les réclame et les fortunes réunies de ceux qui les doivent. Si tous ont une fortune égale ou à peu près égale, et que la fortune de chacun, pris individuellement, lui permette de payer toute la somme nécessaire, le tribunal prononcera contre tous une condamnation solidaire. Il respectera ainsi la nature de la dette sans opprimer les débiteurs, puisque la somme intégrale qui aura été payée par l'un d'eux ne sera pas hors de proportion avec sa fortune, et qu'il pourra utilement réclamer aux autres leur part dans la dette commune.

Si, au contraire, les fortunes des coobligés ne sont pas égales, ou même si chacun ne peut pas faire personnellement l'avance de la somme déterminée, toute solidarité constituerait une oppression et blesserait ce principe qu'un débiteur doit vivre lui-même avant de faire vivre son semblable. Alors le tribunal devra prononcer une condamnation non solidaire et répartie entre chaque défendeur, selon sa fortune individuelle.

Si, dans la première hypothèse, la fortune de l'un des débiteurs subit une diminution notable, la justice révoquera la solidarité.

Les aliments se fournissent au moyen d'une pension en argent : telle est la règle générale. Néanmoins, si le débiteur justifie qu'il lui est impossible de payer une pension, le tribunal peut ordonner, selon les circonstances, qu'il recevra le créancier dans sa demeure et lui fournira en nature tout ce qui est nécessaire : c'est là l'exception (art. 210, Cod. civ.).

Quand un père ou une mère offre de recevoir un enfant majeur qui est dans le besoin, la justice doit agréer cette offre, à moins que des circonstances particulières ne lui fassent penser que la vie commune aura des inconvénients graves. Le paiement d'une pension en argent est alors l'exception et non plus la règle (art. 211, Cod. civ.).

Des aliments ne peuvent pas être saisis par les créanciers de celui à qui ils sont dus, car ils satisfont à une nécessité (art. 581, 582, Cod. pr.).

Par la même raison ils ne sont pas sujets à compensation (art. 1293, Cod. civ.).

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

« Les époux se doivent mutuellement *fidélité*, *secours et assistance* (art. 212, Cod. civ.). »

La fidélité entre époux est commandée d'une manière absolue par le droit naturel qui flétrit la violation de la foi jurée.

Mais la loi positive fait une différence entre l'infidélité du mari et l'infidélité de la femme. Toute relation de celle-ci avec un autre homme que son mari constitue le délit d'adultère : le mari, au contraire, n'est coupable du même délit qu'autant qu'il *entretient* sa concubine dans la maison conjugale.

On dit en vain, pour justifier cette différence, que l'adultère de la femme a cela de particulier qu'il peut imposer au mari des enfants étrangers : la loi aurait dû se préoccuper surtout des exigences de la saine morale et, par une égale sévérité, mettre un frein à de trop faciles déréglements qui sont toujours funestes à la famille.

Par suite du principe qui a prévalu, la peine portée contre le mari est moins rigoureuse que la peine portée contre la femme. D'un côté, c'est seulement une amende de cent francs à deux mille francs ; de l'autre, c'est un emprisonnement de trois mois à deux ans.

Le complice de la femme est puni tout à la fois de la prison et de l'amende. Cette sévérité est sage. Or, quelle inconséquence dans la loi qui atteint un mari et même un homme libre quand ils sont complices d'une femme mariée, et qui absout l'homme marié qui a soin de commettre l'adultère avec une femme libre hors de la maison commune! Sans doute, celui qui porte le trouble dans la famille d'autrui est coupable ; mais celui qui oublie ce qu'il doit à sa propre famille est-il donc innocent ?

La femme libre, concubine du mari, échappe à toute peine : la loi la considère comme une victime de la séduction. Que de fois cependant, courtisane effrontée,

elle mériterait elle-même un châtiment sévère!

L'un des époux ne peut jamais être poursuivi pour délit d'adultère que sur la dénonciation de l'autre. Quand l'époux offensé se tait et pardonne, des poursuites d'office ne seraient plus qu'imprudentes. Ici, l'intérêt de la famille auquel se lie, du reste, l'intérêt de la société, a dû arrêter l'action publique.

La femme dénoncée par le mari peut se soustraire à toute poursuite en opposant à celui-ci l'adultère dont il aura été convaincu sur sa propre plainte : c'est là, il faut l'avouer, un singulier genre de compensation. Quoi qu'il en soit, il ne peut pas être invoqué par le mari poursuivi sur la dénonciation de sa femme.

La loi donne au mari le droit d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme, en consentant à la reprendre : il est même reconnu aujourd'hui qu'il peut, à plus forte raison, arrêter les poursuites en retirant sa plainte.

La femme n'a pas les mêmes droits à l'égard du mari : en les lui refusant, la loi a-t-elle eu l'idée singulière de placer un mari au-dessus des pardons de sa femme ? Je l'ignore.

Enfin, le mari qui surprend sa femme en *flagrant délit* d'adultère dans la *maison conjugale*, et qui, *à l'instant même*, commet un meurtre sur elle et sur son complice, est excusable, c'est-à-dire, passible d'une simple peine correctionnelle. Mais cette exception n'est pas applicable à la femme : la loi, organe de préjugés injustes, ne permet pas à celle-ci d'avoir de telles susceptibilités.

Toute cette théorie pénale sur la fidélité entre époux se trouve écrite dans les art. 336, 337, 338, 339, 324 et 326, Cod. pén.

En imposant aux époux le devoir de se secourir, l'art. 212, Cod. civ., consacre leur droit réciproque à des aliments. Il est même certain que l'un des époux ne peut réclamer des aliments aux membres de la famille déterminés par la loi que dans le cas où le conjoint ne peut pas en fournir lui-même. En effet, c'est plus qu'un rapport de parenté ou d'alliance qui existe entre le mari et la femme, c'est la plus étroite intimité.

La femme séparée de biens doit supporter entièrement les frais du ménage, s'il ne reste rien au mari (art. 1448, Cod. civ.). Cette disposition a été faite, sans doute, pour le cas où la séparation de biens est indépendante d'une séparation de corps; mais les époux, même séparés de corps, se doivent des secours mutuels, car le lien qui les unit n'est pas rompu. Seulement, les tribunaux appelés à en fixer la quotité doivent se montrer, comme le dit très-bien M. Duranton, plus favorables à l'époux innocent qu'à l'époux coupable (n° 633).

L'assistance mutuelle exprime le même droit et le même devoir : par ces termes la loi appelle, en outre, les époux à confondre leurs joies et leurs chagrins, leurs craintes et leurs espérances.

Dans toute association il faut un chef; l'ordre et la paix sont à ce prix. Dieu a fait l'homme pour com-

mander; il a donné à la femme des habitudes plus douces, des goûts plus modestes, un rôle plus paisible. L'un est destiné à entreprendre les voyages, à braver les périls, à porter le poids de toutes les agitations de la vie; l'autre s'honore par les pudiques devoirs d'une existence intérieure. Le mari sera donc le chef de l'association conjugale.

Toutefois la puissance maritale n'est pas, aux yeux de la loi, une puissance absolue. « Le mari, dit-elle, doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari (art. 213, Cod. civ.) ». Obéissance et protection expriment la combinaison la plus heureuse et donnent une juste idée de l'autorité de l'un et de la dépendance de l'autre.

La protection due à une femme soumise exclut la tyrannie ; l'obéissance envers un protecteur n'exclut pas la liberté.

Si l'autorité devient oppression, si la liberté devient licence, la loi du contrat est méconnue : l'époux qui excède habituellement la mesure de ses droits sera tenu à une réparation qui devra nécessairement consister dans une atteinte plus ou moins grave au devoir de la vie commune. Cette idée première fait pressentir le divorce et la séparation de corps, qui bientôt seront l'objet d'une théorie particulière.

Il est évident que la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, même en pays étranger et dans les lieux les plus éloignés (art. 214, Cod. civ.).

Cette disposition de la loi n'est pas sanctionnée

dans la loi même : c'est donc aux tribunaux à prêter un appui au droit du mari.

Or, il est universellement admis par la jurisprudence que le mari peut refuser des aliments à la femme qui s'obstine à ne pas habiter avec lui, qu'il peut même faire saisir tous ses revenus personnels après avoir obtenu, toutefois, contre elle une condamnation préalable. Mais la jurisprudence n'a jamais autorisé la saisie des vêtements et effets personnels de la femme, elle s'est même refusée à la condamner au paiement d'une certaine somme par chaque jour ou chaque semaine de retard. La doctrine ne peut qu'applaudir à cet esprit de discernement et de moralité.

Le mari peut-il réclamer l'emploi de la force publique pour contraindre sa femme à la vie commune? Sur ce point, les auteurs et les tribunaux sont divisés.

L'on dit, d'un côté, que la contrainte par corps ne peut être prononcée que dans les cas expressément prévus par la loi; que, d'ailleurs, la femme ramenée au domicile conjugal pourrait s'en éloigner de nouveau; qu'il faudrait ainsi convertir la maison commune en une prison domestique, ou renouveler chaque jour une arrestation stérile.

L'on répond avec raison que l'emploi de la force publique ne doit pas être confondu avec la contrainte par corps, celle-ci privant une personne de sa liberté, celle-là se bornant à la conduire au lieu où elle jouira librement de tous ses droits : l'on ajoute que, si la force publique ne pouvait pas être employée,

après l'essai inutile de moyens moins rigoureux, il dépendrait du caprice et même du crime de l'épouse de créer un nouveau genre de séparation de corps, subversif des droits privés du mari et des droits généraux de la société.

Le mari, à son tour, est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon sa fortune et sa position sociale (art. 214, Cod. civ.).

Si le mari n'accomplit pas cette obligation, la femme peut l'y contraindre en le faisant condamner au paiement d'une pension alimentaire. Au reste, en pareil cas, ou bien si le mari cherche ses moyens d'existence dans quelque industrie coupable, la femme peut refuser d'habiter avec lui. Mais il ne faut pas confondre cette séparation de fait, qu'il est au pouvoir du mari de faire cesser en revenant à d'autres sentiments ou à d'autres habitudes, avec la séparation de corps définitive. Toutefois, selon l'attitude du mari, celle-ci pourrait bien être la dernière et légitime ressource de la femme.

Le mari étant le chef de l'association conjugale, la femme ne peut pas paraître en justice, soit en demandant, soit en défendant, sans l'autorisation de son mari (art. 215, Cod. civ.).

Lorsqu'elle intente une action, et que l'exploit introductif d'instance n'est pas donné tout à la fois à sa requête et à celle du mari déclarant l'autoriser, le défendeur peut opposer une exception dilatoire, c'est-à-dire, faire déterminer par le tribunal un délai

dans lequel la femme devra produire l'autorisation maritale. Si, dans ce délai, le vœu de la loi n'est pas rempli, la demande, sur les nouvelles conclusions du défendeur, sera rejetée. Il est facile de concevoir l'intérêt de celui-ci. Les positions ne sont pas égales : la femme non autorisée pourrait un jour, en vertu d'un principe qui sera bientôt exposé, demander la nullité de la procédure et du jugement prononcé contre elle, tandis que son adversaire condamné devrait toujours subir sa défaite.

Lorsque c'est la femme qui est assignée, le demandeur doit avoir soin d'assigner en même temps le mari pour qu'il ait à donner son autorisation : cette précaution est encore le seul moyen d'établir entre les parties l'égalité des chances.

Ceci est grave, car la nullité d'une assignation donnée à une femme mariée peut entraîner la déchéance du droit de former un appel ou un pourvoi en cassation, elle peut même donner à une prescription le temps de s'accomplir.

L'autorisation du mari est nécessaire pour que les instances commencées par la femme ou contre elle avant son mariage puissent être valablement continuées, à moins que la femme n'ait contracté mariage à une époque où l'affaire était en état, c'est-à-dire où les conclusions (art. 343, Cod. pr.) avaient été contradictoirement prises à l'audience.

La nécessité de l'autorisation ne varie pas, quel que soit le régime sous lequel la femme est mariée. Elle s'applique enfin à la femme marchande publique (art. 215, Cod. civ.), quoique celle-ci soit placée,

sous d'autres rapports, dans une position indépendante.

L'autorisation de plaider en première instance ne comprend pas celle de défendre à un appel ou de l'interjeter, de soutenir ou de former un pourvoi en cassation.

Je ne crois même pas, contrairement à M. Duranton, n° 459, que le mari pût donner, dès le principe, une autorisation générale embrassant le droit de parcourir toutes les juridictions. Paraître devant une juridiction nouvelle, n'est-ce pas provoquer ou accepter un procès nouveau? N'est-ce pas s'exposer à des chances inconnues qui peuvent être désastreuses? Enfin, le mari qui autoriserait sa femme à prolonger la lutte jusqu'à la dernière extrémité ne s'engagerait-il pas aveuglément pour l'avenir, et n'abdiquerait-il pas d'avance un pouvoir domestique étroitement lié à l'ordre général? Ces raisons s'appliquent aux actions mobilières et immobilières : mais, pour celles-ci, il y a une nouvelle considération qui est toute spéciale. En effet, la loi les considère comme des actes d'aliénation (art. 482, Cod. civ.); or, l'on verra bientôt que l'autorisation doit être réitérée chaque fois que la femme veut faire un acte de cette nature.

Le défaut d'autorisation peut être opposé en tout état de cause, même en appel, et après qu'il a été conclu au fond : il constitue, en effet, un vice de capacité intime et péremptoire.

L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est *poursuivie* en matière criminelle, cor-

rectionnelle ou de simple police (art. 216, Cod. civ.).

Il est évident enfin que la femme n'en a pas besoin pour faire les actes qui sont simplement du ministère des huissiers et ne saisissent pas immédiatement la justice, comme des protêts, des exécutions, des oppositions, etc.

La nécessité de l'autorisation se produit comme une nouvelle conséquence du pouvoir marital sous tous les régimes, lorsque la femme veut donner, vendre, échanger, hypothéquer ou acquérir à titre gratuit ou onéreux (art. 217, Cod. civ.).

Quant aux simples actes d'administration, ils sont soumis à la même nécessité, à moins que la femme ne soit dans une des situations exceptionnelles qui se révèleront beaucoup plus tard et où elle est libre d'administrer sa fortune.

L'autorisation du mari est expresse ou tacite. Elle est expresse, lorsque le mari intervient dans l'acte pour consentir, ou donne par écrit un consentement isolé (art. 217, Cod. civ.). Dans ce dernier cas, sa volonté peut être exprimée par acte authentique ou sous seing privé et même par lettre, quelles que soient la nature et la forme de l'acte que la femme va passer elle-même.

L'autorisation est tacite lorsqu'elle résulte implicitement des circonstances. Par exemple, si le mari tire sur sa femme une lettre de change, n'est-il pas évident que par là même il l'autorise à l'accepter? Si une obligation est souscrite solidairement ou conjointement par le mari et la femme, comment douter

que le mari ait autorisé l'engagement de celle-ci?

Le mari ne peut pas autoriser sa femme à s'engager directement envers lui, car il ne saurait être en même temps juge et partie : la saine raison démontre qu'en règle générale ce double rôle est une source d'abus.

Mais, si le mari s'oblige envers un tiers, il peut autoriser sa femme à s'obliger avec lui quand même l'engagement serait contracté tout entier dans son intérêt. Débitrice du tiers, la femme n'est plus la débitrice directe et principale de son mari, elle n'est que sa caution; elle échappe donc à son action immédiate et arbitraire. Cette solution très-rationnelle s'appuie, du reste, sur l'art. 1431, Cod. civ., qui, tout en réduisant à un simple cautionnement envers le mari l'obligation que la femme a contractée avec lui pour ses affaires, solidairement et dès lors avec sa seule autorisation implicite, en reconnaît la complète validité.

L'on conçoit enfin que l'autorisation maritale est encore régulière lorsque la femme s'oblige seule envers un tiers, quoique, en réalité, l'obligation soit contractée dans l'intérêt du mari.

Si la femme autorisée produit l'acte d'autorisation, qu'elle le remette aux tiers avec lesquels elle contracte, ou qu'il soit annexé au contrat même, il importe peu qu'il n'y soit pas mentionné.

Mais, si la femme ne le produit pas et dès lors n'en fait pas usage, est-il vrai de dire avec M. Duranton, s'appuyant sur Pothier (n° 451), qu'alors l'autorisation est sans efficacité?

Je ne saurais le croire. Pour justifier la première hypothèse, M. Duranton dit lui-même que la femme avait le consentement écrit de son mari, et que l'art. 217, Cod. civ., n'exige pas autre chose. Or, le même raisonnement ne s'applique-t-il pas à la seconde hypothèse avec la même vérité? Les tiers ne seront-ils pas encore dans leur droit en soutenant que la femme était autorisée et que c'est là tout ce que la loi exige? Sans doute, si l'acte est annexé au contrat ou remis aux tiers, la preuve de l'autorisation sera toute faite, tandis que, s'il n'est pas même produit, elle sera à faire. Mais qu'est-ce que la différence entre une preuve faite et une preuve à faire peut changer au principe de l'efficacité de l'autorisation?

Si l'on insiste sur cette idée que la femme n'en a pas fait usage, que les tiers ne l'ont pas connue, et qu'ils devaient se la faire représenter, je dirai encore qu'elle existait, et qu'enlever aux tiers qui sont valablement liés le droit de prouver que la femme était autorisée et que dès lors elle est valablement liée elle-même, c'est consacrer un résultat inique, en laissant à celle-ci la liberté de recourir au mensonge pour se jouer commodément de la foi promise.

Si la femme se borne à produire l'autorisation sans la remettre aux tiers ou sans la faire annexer au contrat, je pense, à plus forte raison, que les tiers devront être admis à prouver que l'autorisation a été produite.

L'obligation de la femme mariée *non autorisée* est loin de devenir valable par cela seul que la femme s'est présentée aux tiers comme fille ou comme veuve.

En effet, d'après l'art. 1307, Cod. civ., la simple déclaration de majorité faite par un mineur ne lui enlève pas le droit de demander la nullité des engagements qu'il a formés sans les autorisations requises : il est évident que le principe analogue doit être appliqué à la femme.

Mais, si la femme produit un faux acte d'autorisation, ou bien si, pour cacher son état de femme mariée, elle produit un faux acte de décès de son mari ou d'autres pièces également fausses, est-elle valablement obligée?

M. Duranton, nº 494, croit à la validité de l'obligation. Il se fonde, en raisonnant par analogie, sur l'art. 1307, Cod. civ., qui admet l'action en restitution du mineur lorsqu'il a simplement déclaré qu'il était majeur, et qui, par conséquent, la lui dénie s'il a employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité. Mais est-il bien certain que, dans ce cas, la position de la femme puisse être assimilée à celle du mineur? Je conçois que le mineur qui ne saurait nuire qu'à lui-même doive être privé de la protection et des faveurs de la loi, quand il recourt non plus à une simple dissimulation, mais au crime. La femme, au contraire, n'engage pas ses intérêts seuls, elle peut compromettre indirectement ceux de son mari; elle n'essaie pas, comme le mineur, de tromper une surveillance, mais, bien plus, de se soustraire à la puissance maritale qui est la consécration d'une suprématie et d'une dépendance d'ordre public. Ne convient-il pas dès lors de maintenir la nullité de l'obligation et de placer ainsi les

réparations qui se lient à l'intérêt général au-dessus des exigences de l'intérêt privé ?

Le mari peut ratifier l'acte pour lequel son autorisation n'a pas été obtenue. La ratification peut être expresse ou tacite selon le principe général consacré par l'art. 1338, Cod. civ.

La ratification du mari efface-t-elle directement le vice de l'acte, ou bien faut-il que la femme le ratifie elle-même en vertu de l'autorisation qu'elle en aura reçue du mari ?

On dit, d'un côté, que la femme a un droit acquis à la nullité de l'acte, et qu'il n'appartient pas au mari de l'en dépouiller. Ce raisonnement est spécieux : on répond avec vérité que la loi qui exige le consentement du mari ne fait aucune distinction entre un consentement antérieur à l'acte, contemporain de l'acte, ou enfin postérieur à l'acte même; que le droit de la femme a son principe dans la violation de la puissance maritale, qu'il doit s'évanouir quand cette violation est effacée par la ratification du mari, car l'effet ne saurait survivre à sa cause; enfin, qu'il serait bizarre que la femme pût s'obstiner à considérer comme nulle une obligation dont le mari, appréciateur souverain, reconnaît de bonne foi la validité.

La spécialité est en principe le caractère distinctif de l'autorisation maritale : ainsi, il faut pour chaque acte une autorisation isolée et individuelle.

Une autorisation générale est sans efficacité pour

les actes d'aliénation, quand même elle aurait été stipulée par contrat de mariage : elle serait une abdication du pouvoir marital. Mais elle confère à la femme le droit d'administrer ses biens personnels (art. 223, Cod. civ.).

L'autorisation n'a donc pas besoin d'être spéciale pour les actes d'administration. Or, le droit d'administrer, qu'il soit accordé expressément ou qu'il soit la conséquence implicite d'une autorisation sans bornes, finit comme toute espèce de mandat, s'il résulte d'une procuration isolée donnée par le mari; mais, s'il est renfermé dans un contrat de mariage, il est irrévocable comme toute autre convention matrimoniale.

Enfin, le mari qui a sur ses propres biens un droit dérivant de sa qualité de propriétaire peut donner à sa femme comme à toute autre personne, quant aux biens de cette nature, les pouvoirs les plus illimités. Il dispose alors de ce qui lui appartient, et il n'y a rien de commun entre l'exercice du droit de propriété et la puissance maritale.

La femme peut être marchande publique avec le consentement de son mari (art. 4, Cod. com.).

Elle est marchande publique, non pas quand elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais quand elle fait un commerce séparé (2e § de l'art. 220, Cod. civ.).

Or, la femme marchande publique n'a pas besoin d'autorisation spéciale pour chaque acte de son commerce. L'autorisation primitive suffit : elle devait suffire à cause de la multiplicité d'actes qui

constituent nécessairement la vie commerciale (art. 220, Cod. civ.).

J'ai déjà dit que, pour ester en jugement, même à l'occasion de son commerce, la femme marchande publique est astreinte à la nécessité de l'autorisation.

C'est ici le lieu de faire remarquer que la femme n'a pas besoin d'autorisation spéciale pour acheter les objets nécessaires à l'entretien du ménage. Elle est présumée de plein droit agir comme mandataire du mari : alors, c'est le mari qui est obligé et non pas elle. On ne pourrait entendre autrement la loi sans fausser son esprit. Le mari a seulement le droit de faire réduire la dette, s'il y a excès.

La prérogative maritale pouvant être une cause d'oppression, la loi place au-dessus des volontés du mari celles de la justice.

Si donc le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement ou à passer un acte, celle-ci peut solliciter l'autorisation du tribunal du domicile commun (art. 218, 219, Cod. civ.; 861, 862, Cod. pr.). Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une femme défenderesse à une action dirigée contre elle, l'autorisation doit émaner du tribunal devant lequel l'action a été portée.

Si le mari est frappé d'interdiction légale ou judiciaire, s'il est présumé ou déclaré absent, ou même (selon l'opinion générale), si le mari est trop éloigné pour donner son autorisation aussi promptement

que les circonstances l'exigent, la femme s'adressera directement à la justice (art. 221, 222, Cod. civ.; 863, 864, Cod. pr.).

L'autorisation directe du tribunal est encore nécessaire à la femme d'un mineur, à moins qu'il ne s'agisse de simples actes d'administration. Le mineur marié étant nécessairement émancipé est capable de ces actes : il peut dès lors autoriser sa femme à les faire.

La théorie de la loi sur la nécessité de l'autorisation du mari ou de la justice trouve sa sanction dans l'art. 225, Cod. civ., en vertu duquel le mari, la femme ou leurs héritiers ont le droit de demander la nullité de toutes les procédures ou actes qui ont eu lieu sans autorisation.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que les tiers qui ont plaidé ou contracté avec la femme n'ont pas ce droit : ils avaient, en effet, une capacité complète.

Mais les créanciers de la femme peuvent-ils, en se fondant sur le défaut d'autorisation, faire annuler ses engagements?

L'art. 1166, Cod. civ., permet à des créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont *exclusivement attachés à la personne*. Or, il faut, sans nul doute, appliquer cette exception à des droits d'usage ou d'habitation, car de tels droits ne sont pas transmissibles aux héritiers et ne peuvent être ni cédés ni loués. Il faut l'appliquer encore au droit qui appartient à une

femme de demander la séparation de corps ou la séparation de biens, car ce droit se compose d'éléments moraux qu'elle peut, seule, apprécier.

Mais le droit de provoquer la nullité des engagements contractés sans l'autorisation maritale ne présente plus les mêmes caractères. C'est bien un droit *personnel*, en ce sens qu'il n'appartient pas à ceux qui ont contracté avec la femme, mais, certes, ce n'est pas un droit *exclusivement attaché à la personne*, puisque la loi en confère expressément l'exercice aux héritiers de la femme et même à ceux du mari. D'ailleurs, qui oserait contester ce droit aux créanciers personnels des héritiers de la femme? Or, comment les créanciers de celle-ci auraient-ils moins de latitude que les créanciers de ses héritiers?

Par des raisons identiques, le droit du mari peut être exercé par ses propres créanciers.

Je viens de me borner à l'exposition des idées les plus générales sur les droits et les devoirs respectifs des époux ; divers points spéciaux se révèleront dans le développement d'autres parties du Code civil.

Je finis en disant, avec l'art. 226, que la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour faire son testament. Un tel acte doit être le résultat d'une volonté essentiellement libre et secrète; d'ailleurs, il ne recevra son exécution qu'après le décès de la femme, et alors la puissance maritale n'existera plus.

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

Aujourd'hui le mariage est indissoluble.

Le divorce est aboli : la mort naturelle de l'un des époux peut, seule, rendre à l'autre toute sa liberté. Toutefois, la mort civile produit le même effet selon les principes que j'ai précédemment développés.

CHAPITRE VIII.

DES SECONDS MARIAGES.

Un veuf peut se remarier immédiatement : une veuve ne peut se remarier qu'après dix mois révolus depuis la *dissolution* du mariage précédent (art. 228, Cod. civ.). Il est possible, en effet, qu'une femme soit enceinte au moment où son mari meurt ; il convient donc qu'elle laisse écouler, avant de passer à de nouvelles noces, l'intervalle de la gestation la plus longue.

Il est généralement admis que la violation de l'article 228, Cod. civ., qui consacre ce principe, n'entraîne pas la nullité du mariage. L'art. 194, Cod. pén., punit d'une amende de 16 fr. à 300 fr. l'officier de l'état civil qui aura célébré le nouveau mariage avant le terme prescrit : or, cette sanction

établie par la loi d'une manière expresse est exclusive d'une sanction plus sévère qu'elle n'a pas proclamée.

L'officier de l'état civil doit également refuser son ministère, lorsqu'une femme veut se marier dans les dix mois de l'*annulation* d'un mariage précédent. Il y a une telle analogie entre l'annulation et la dissolution, que le vœu de la loi ne peut pas ne pas être le même dans les deux hypothèses. D'ailleurs, si l'art. 228, Cod. civ., parle seulement de dissolution, l'art. 194, Cod. pén., ne distingue pas : il punit l'officier de l'état civil qui reçoit, avant le temps prescrit, l'acte de mariage d'une femme *ayant déjà été mariée*.



TITRE VI.

DU DIVORCE.

Le divorce, qui donnait à deux époux le droit de contracter de nouveaux liens, a été aboli par une loi du 8 mai 1816.

Les chapitres 1, 2, 3 et 4 de ce titre du Code civil sont donc abrogés.

L'abolition du divorce fut consommée en 1816, sous l'influence des idées religieuses qu'il heurte violemment.

Depuis 1830 l'on a tenté plusieurs fois de le rétablir. C'est ainsi qu'une réaction en amène tôt ou tard une autre.

Il est à regretter que le divorce soit devenu l'objet d'une question de parti : considérée sous le seul point de vue social, cette institution offre assez d'inconvénients pour que ceux qui la repoussent ne placent pas dans la balance les intérêts de la religion et ne provoquent pas ainsi, de la part de leurs adversaires, une persévérance passionnée et systématique.

En offrant aux époux la perspective d'une rupture qui leur rendra une liberté complète, le divorce encourage ces trop faciles regrets, ces antipathies com-

modes, ces incompatibilités d'humeur plus ou moins sérieuses que tend au contraire à comprimer l'indissolubilité du mariage. Il réserve à la société le spectacle étrange d'un mari et d'une femme qui, après avoir confondu leurs affections, leur existence la plus intime, leurs intérêts moraux, leurs intérêts matériels, leur présent, leur avenir, s'engagent dans de nouveaux liens et reprennent tous ces éléments qui ne sont purs qu'une fois, pour en composer, sous les yeux l'un de l'autre, une vie nouvelle. En profanant ainsi les calculs et les espérances du cœur, il matérialise l'acte le plus noble de la vie de l'homme. Il ruine enfin le sort des enfants, car il altère sans retour la famille, source première de toute moralité. Aucun avantage ne saurait compenser la monstruosité d'un tel principe; je fais des vœux pour que le divorce ne reparaisse plus dans nos lois.

CHAPITRE V.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

A côté du divorce, le Code civil avait placé une institution parallèle qui relâchait les liens du mariage sans les rompre; c'était la séparation de corps. Elle devenait la ressource des époux qui, retenus par des scrupules religieux, repoussaient la liberté absolue que leur offrait le divorce.

Cette institution subsiste aujourd'hui: elle a même pris un nouveau degré de nécessité depuis qu'elle est

l'unique refuge offert aux époux pour lesquels la vie commune est désormais impossible. L'on verra, en outre, que plusieurs dispositions relatives au divorce lui ont survécu, comme étant le complément indispensable du système de la séparation de corps.

La séparation de corps est le droit accordé par les tribunaux à deux époux de vivre isolés l'un de l'autre sans que le mariage soit dissous. Après la séparation de corps, le mari n'est plus obligé de recevoir sa femme, celle-ci n'est plus obligée d'habiter avec son mari.

La séparation de corps ne délie pas les époux du devoir de fidélité : ce devoir conserve, surtout pour la femme, le même caractère, car ses enfants continueront d'appartenir au mari (art. 312, Cod. civ.).

La séparation de corps ne peut jamais être le résultat d'un consentement mutuel (art. 307, Cod. civ.) : elle doit être prononcée par les tribunaux dans les cas prévus par la loi. Il ne fallait pas permettre que les époux se fissent un jeu du mariage en se séparant et en se réunissant selon leur caprice. D'ailleurs, il importait de protéger les créanciers du mari contre la collusion des époux qui auraient trouvé, dans une séparation de corps concertée entre eux, un moyen facile d'arriver à la séparation de biens.

Néanmoins, deux époux peuvent convenir que désormais ils n'habiteront plus ensemble : la loi ne donne à personne le droit de les contraindre à se réunir. Mais une telle séparation n'est qu'un fait

dépouillé de tout caractère obligatoire et de toute conséquence légale : le mari peut toujours forcer sa femme à revenir auprès de lui, celle-ci peut toujours forcer son mari à la recevoir.

Après une séparation judiciaire, les époux peuvent également se réunir. Mais alors une nouvelle vie commune doit être librement consentie par tous les deux : le jugement qui prononce la séparation ne crée pas seulement des droits au profit de celui qui l'a demandée et obtenue, il consacre un ordre de choses légal, il place les deux époux dans une position réciproquement exceptionnelle ; le jugement est un titre, et la séparation un droit acquis pour l'un et pour l'autre.

La séparation de corps peut être demandée dans les cas où il y avait lieu au divorce pour cause déterminée (art. 306, Cod. civ.).

Ainsi, le mari peut demander la séparation pour cause d'adultère de sa femme (art. 229, Cod. civ.).

La femme peut la demander pour cause d'adultère de son mari, *lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune* (art. 230, Cod. civ.). J'ai eu déjà l'occasion de dire que, sans cette circonstance, il n'y avait pas infidélité du mari dans l'ordre légal, quoiqu'il y eût, dans l'ordre moral, violation manifeste de la foi jurée.

La maison commune n'est pas seulement celle où les deux époux ont leur domicile habituel, mais encore celle dans laquelle ils résident momentanément,

comme un hôtel garni, ou même dans laquelle ils peuvent se rendre parfois, comme une maison de campagne.

Peu importe que la concubine n'ait jamais paru que furtivement dans la maison commune, elle ne l'a pas moins souillée de sa présence.

Peu importe encore que la femme ne résidât pas avec son mari, par une cause accidentelle, quand il a entretenu une concubine dans la maison commune; la souillure est la même.

Il faut remarquer qu'un rapprochement criminel consommé par le mari dans la maison commune ne suffirait pas pour constituer l'adultère et motiver une séparation de corps: la loi exige qu'il y ait *entretenu* (art. 339, Cod. pén.) ou *tenu* (art. 230, Cod. civ.) une concubine, ce qui suppose un commerce plus ou moins prolongé.

Le mari ou la femme peut poursuivre le délit d'adultère devant les tribunaux correctionnels, mais ceux-ci ne sauraient être compétents que pour prononcer les répressions déterminées par le Code pénal et que j'ai fait précédemment connaître. Je ne crois pas qu'ils aient le droit de prononcer la séparation de corps; c'est là une répression toute civile qui rentre dans les attributions spéciales des tribunaux d'un autre ordre (art. 306, 307, Cod. civ.).

Lorsque le mari obtient un jugement de séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme, le tribunal civil doit prononcer contre celle-ci, sur la réquisition du ministère public, les peines dont le délit qu'elle a commis est passible (art. 308, Cod. civ.).

Au contraire, lorsque c'est la femme qui obtient un jugement semblable pour une cause de même nature, le tribunal civil ne peut prononcer aucune peine contre le mari, car nul texte ne déroge, quand il s'agit de l'adultère du mari, à l'ordre ordinaire et régulier des juridictions.

Le mari qui a été convaincu d'adultère sur la plainte de la femme ne peut plus dénoncer à la justice criminelle l'adultère de celle-ci (art. 336, 339, Cod. pén.). Je crois néanmoins qu'il n'est pas déchu du droit de l'invoquer pour obtenir contre elle la séparation de corps, mais sans qu'il puisse y avoir lieu à l'application d'aucune peine. On conçoit très-bien que le motif qui met obstacle à la poursuite criminelle soit insuffisant pour empêcher l'action civile. L'une a pour seul but une condamnation; l'autre tend à une séparation qui revêt toujours un caractère de nécessité dès que, par une cause quelconque, la vie commune est devenue intolérable. Or, comment la vie commune serait-elle plus agréable et plus facile, parce que le mari est coupable de la faute qu'il reproche à sa femme?

Quant à la femme, elle peut poursuivre correctionnellement l'adultère du mari sans que ses propres écarts puissent faire repousser sa plainte; ils ne la privent donc pas du droit de demander la séparation de corps.

L'art. 298, Cod. civ., défendait à l'époux contre qui le divorce avait éte prononcé, pour cause d'adultère, de jamais se marier avec son complice. La loi voulait éloigner une perspective qui aurait encouragé

des désordres. Mais la séparation de corps ne rendant pas aux époux la faculté de se remarier, le motif de cette prohibition n'existe plus : dès lors, l'époux coupable pourra s'unir à son complice après que la mort naturelle ou civile de l'autre époux aura dissous le mariage.

La condamnation de l'un des époux à une peine infamante est pour l'autre une nouvelle cause de séparation de corps (art. 232, Cod. civ.).

Ainsi, les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, le bannissement et la dégradation civique, seules peines infamantes qui n'entraînent pas la mort civile, et qui, dès lors, laissent subsister le mariage, peuvent motiver une séparation.

J'ai démontré, en parlant des nullités de mariage, qu'une condamnation antérieure au mariage, ou bien postérieure, mais fondée sur un fait antérieur, n'était pas une cause de divorce et qu'elle n'est pas une cause de nullité. Elle ne saurait pas mieux motiver une séparation de corps.

Mais je crois que la commutation et même la remise complète de la peine qui a été prononcée pour un crime postérieur au mariage ne sont pas un obstacle à la séparation, car le déshonneur subsiste, et la violation du contrat dont la loi se préoccupe principalement n'en a pas moins été accomplie.

Enfin les époux peuvent réciproquement demander la séparation de corps, pour *excès*, *sévices* ou *injures graves* de l'un d'eux envers l'autre (art. 231, C. civ.).

Les emportements et les violences extrêmes sont des excès : les violences moins graves, mais plus habituelles, sont des sévices : les actions, les paroles ou les écrits de nature à blesser de légitimes susceptibilités, à compromettre l'honneur et la réputation, sont des injures graves.

Au reste, il est évident que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier de telles causes de séparation. Le caractère des époux, leur naissance, leur éducation, leur position sociale, sont des éléments rationnels qui doivent introduire des nuances nécessaires dans la moralité des faits.

Les torts de l'époux qui se plaint peuvent être une excuse des torts de l'autre et porter les tribunaux à se montrer moins faciles. Mais cette réciprocité ne saurait suffire, en principe, pour faire repousser une demande en séparation : des torts provoqués ne sont pas des torts justifiés, et ils n'empêchent pas toujours la vie commune d'être impossible.

Lorsque la séparation est demandée par le motif que l'un des époux a été condamné à une peine infamante, il faut évidemment appliquer l'art. 261, Cod. civ., d'après lequel les seules formalités à observer consistent à présenter au tribunal de première instance une expédition du jugement de condamnation avec un certificat de la cour d'assises, portant que ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale.

Si donc il s'agit d'un jugement par contumace, la séparation de corps ne peut être demandée qu'a-

près vingt ans, puisque, jusqu'à l'expiration de ce délai, le contumax a le droit de se présenter et de démontrer son innocence (art. 635, 641, Cod. inst. crim.).

Je n'admets au reste, contrairement à M. Duranton, n° 560, aucune distinction entre les condamnations par contumace qui entraînent la mort civile et celles qui ne l'entraînent pas. J'ai dit ailleurs que la mort civile attachée à une condamnation par contumace n'opérait la dissolution du mariage qu'à l'expiration des vingt ans; c'est aussi jusqu'à la dernière extrémité que, malgré la mort civile encourue après l'expiration du délai de grâce de cinq ans, toute demande en séparation doit être suspendue. Si la condamnation est réformée, l'on n'aura pas à regretter une atteinte grave portée mal à propos aux liens les plus respectables: si elle ne l'est pas ou que vingt ans s'écoulent sans que le contumax reparaisse, le mariage sera dissous, et la séparation de corps sera désormais inutile.

La loi n'exige pas que l'époux demandeur mette en cause l'époux condamné, car le motif de la demande est exclusif de toute discussion.

Dans les autres hypothèses, une contradiction est possible, et la cause doit être régulièrement engagée.

L'époux demandeur présentera requête au président du tribunal de l'arrondissement où est le domicile commun. La requête contiendra l'exposé sommaire des faits; les pièces à l'appui, s'il y en a, y seront jointes (art. 875, Cod. pr.).

Le président indiquera dans une ordonnance, au bas de la requête, le jour et l'heure où les époux comparaîtront devant lui (art. 876, Cod. pr.).

La requête et l'ordonnance seront signifiées à l'époux défendeur, avec assignation pour comparaître.

Les époux comparaîtront en personne, sans être assistés d'aucuns conseils (art. 877, Cod. pr.).

Le président tâchera de les réconcilier. S'il ne peut y parvenir, il les renverra directement à l'audience où le demandeur devra faire assigner l'autre époux; il autorisera la femme à procéder en justice, il déterminera la maison où elle devra se retirer pendant l'instance; il ordonnera que les effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis. Là se borne sa juridiction : les demandes respectives en provision alimentaire seront portées à l'audience (art. 878, Cod. pr.).

Lorsque la femme demanderesse ou défenderesse en divorce ne justifiait pas de sa résidence dans la maison indiquée par le tribunal, le mari pouvait lui refuser toute provision alimentaire, et, si elle était demanderesse, la faire déclarer non recevable à continuer sa demande.

Cette disposition de l'art. 269, Cod. civ., n'est pas applicable à la séparation de corps, selon l'opinion généralement admise; car la séparation n'a pas besoin d'être entravée avec la même sévérité que le divorce.

Mais il en est autrement de l'art. 270; Cod. civ., en vertu duquel la femme commune en biens, de-

manderesse ou défenderesse en divorce, pouvait, en tout état de cause, à partir de l'ordonnance de comparaître, requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté.

Il en est autrement encore de l'art. 271, Cod. civ., qui autorisait la femme à demander, pour cause de fraude, la nullité de toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, et de toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la même ordonnance.

Enfin le tribunal, en vertu de l'art. 267, Cod. civ., a le droit de statuer sur le sort des enfants pendant la durée de l'instance.

Les faits allégués à l'appui de la demande en séparation peuvent être prouvés par témoins, s'ils paraissent au tribunal pertinents et admissibles. Ce qu'il y a de remarquable, c'est que, contrairement à la règle générale, les parents et les domestiques des époux, témoins ordinaires et presque indispensables des scènes de ménage, peuvent être interrogés : toutefois les enfants et descendants ne sont pas compris dans l'exception (art. 251, Cod. civ.).

La réconciliation des époux, survenue pendant l'instance, éteint l'action.

Celle qui est survenue avant l'instance et postérieurement aux faits allégués est aussi une fin de non recevoir, à moins que de nouveaux faits n'aient eu lieu. Alors ceux-ci rendent leur force primitive aux anciens, et tous peuvent concurremment appuyer la demande.

C'est aux tribunaux à apprécier les circonstances

desquelles le défendeur fait résulter la réconciliation qu'il oppose (art. 272, 273, 274, Cod. civ.).

Quand le défendeur avoue les faits ou ne se présente pas, le tribunal doit se tenir en garde contre une tactique employée peut-être par les époux pour arriver indirectement à une séparation volontaire : mais, après avoir fait la part de la prudence, le tribunal a bien le droit de fonder sa conviction sur des aveux, ou de statuer par défaut.

Le ministère public doit toujours être entendu dans les causes de séparation de corps (art. 879, Cod. pr.).

Le jugement qui prononce la séparation doit statuer sur le sort ultérieur des enfants. En principe, ils doivent être confiés à l'époux qui a obtenu la séparation. Néanmoins le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, peut ordonner que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins de l'autre époux ou de toute autre personne (art. 302, 303, Cod. civ.).

Il me semble que, si l'un des époux meurt pendant l'instance, elle doit finir. Peu importe qu'un préciput eût été stipulé par contrat de mariage en faveur du survivant, et que les héritiers du demandeur prédécédé eussent ainsi intérêt à poursuivre la demande pour le faire perdre au défendeur, conformément à l'art. 1518, Cod. civ., et obtenir, en outre, une condamnation aux dépens. Je ne conçois pas comment il serait possible de continuer, après la mort de l'époux, une lutte engagée sur des faits tout

personnels et dont il avait, seul, le droit de se plaindre. La question de séparation est préjudicielle, la révocation du préciput ne peut être que la conséquence d'une séparation prononcée. En séparant les époux, la mort a emporté la conséquence avec le principe.

Quant aux dépens, l'époux qui survit doit, en règle générale, supporter ceux qu'il a faits : les autres restent à la charge des héritiers du défunt.

La séparation de corps entraîne toujours la séparation de biens (art. 311, Cod. civ.).

Le jugement qui prononce la séparation de corps doit être rendu public, selon les voies prescrites par la procédure (art. 880, 872, Cod. pr.).

Cette publicité a pour but d'apprendre à ceux qui voudraient contracter avec le mari que désormais sa fortune personnelle répond, seule, de ses engagements. Elle empêche ainsi le mari d'abuser de la bonne foi des tiers par un crédit imaginaire.

La réunion des époux ne fait pas cesser, de plein droit, la séparation de biens (1).

C'est une grave question que celle de savoir si les donations que l'un des époux a faites, *par contrat de mariage*, à celui contre qui la séparation a été prononcée, sont révoquées *de plein droit* par le fait même du jugement de séparation.

(1) La séparation de biens est, au titre *du contrat de mariage*, l'objet d'une théorie fort importante.

L'art. 299, Cod. civ., prononçait la révocation d'une manière formelle en cas de divorce, mais cette disposition ne se trouve pas reproduite dans le chapitre de la séparation de corps.

Pour en repousser l'application, l'on prétend qu'il ne faut pas étendre d'un cas à un autre une disposition pénale.

Je réponds que l'on ne saurait assimiler une déchéance à une peine sans abuser des idées et des mots. La peine atteint l'individu physique; si, parfois, elle blesse seulement la fortune, c'est aux dépens de la considération ; la déchéance n'atteint jamais que des intérêts pécuniaires, elle laisse toujours la réputation intacte. La peine appartient à l'ordre criminel, la déchéance à l'ordre civil : l'ordre criminel exclut les analogies ; dans l'ordre civil, elles sont nécessairement admises.

En vain s'appuie-t-on, pour contester toute analogie, sur les conséquences bien différentes du divorce et de la séparation, l'un brisant les liens du mariage, l'autre les laissant subsister.

L'on oublie que la séparation n'est pas un diminutif du divorce, une institution secondaire, une réparation provoquée par des torts moins graves et de nature dès lors à entraîner des effets moins sérieux, mais bien une institution parallèle au divorce, fondée absolument sur les mêmes causes et subsidiairement offerte aux consciences scrupuleuses.

« Il faut admettre le divorce, disait M. Treilhard dans l'exposé des motifs; mais le pacte social garantit à tous les Français la liberté de leur croyance : des

consciences délicates peuvent regarder comme un précepte impérieux l'indissolubilité du mariage. Si le divorce était le seul remède offert aux époux malheureux, ne placerait-on pas des citoyens dans la cruelle alternative de fausser leur croyance ou de succomber sous un joug qu'ils ne pourraient plus supporter? Ne les mettrait-on pas dans la dure nécessité d'opter entre une lâcheté ou le malheur de toute leur vie? Nous aurions bien mal rempli notre tâche si nous n'avions pas prévu cet inconvénient : en permettant le divorce, la loi laissera l'usage de la séparation; *l'époux qui aura le droit de se plaindre pourra former à son choix l'une ou l'autre demande :* ainsi, nulle gêne dans l'opinion, et toute liberté à cet égard est maintenue. »

« La loi que vous avez portée sur le mariage, disait à son tour le tribun Gillet au corps législatif, a déjà établi le principe du divorce, *et votre respect scrupuleux pour la liberté des consciences* vous avertit de ne point proscrire la séparation de corps. »

Qu'importe donc l'influence opposée des deux institutions sur les liens du mariage? Leur base, leur principe sont les mêmes. La disposition de l'art. 299 ne s'explique pas par le divorce considéré avec une nature spéciale, elle s'explique par les causes qui le déterminent. Or, la séparation étant déterminée par les mêmes causes que le divorce, peut-il entrer dans un esprit logique qu'elle ne produise pas les mêmes effets? Peut-on concevoir que l'époux indigne de conserver des donations en présence des violations du contrat de nature à faire prononcer le divorce ne

soit pas frappé de la même indignité en présence de violations identiques qui ont fait prononcer contre lui la séparation de corps ?

Aujourd'hui, il y a plus; le divorce est aboli. L'époux qui a le droit de se plaindre ne peut donc pas choisir entre le divorce et la séparation : celle-ci est sa seule ressource. Or, si la séparation n'entraîne pas la révocation dont il s'agit, il faut admettre que la loi de 1816, abolitive du divorce, a consacré à son insu l'irrévocabilité des donations qu'avant elle l'époux outragé pouvait au moins faire anéantir en choisissant la rupture complète des liens du mariage. Ainsi, des préoccupations religieuses auraient fait abolir le divorce, et il en résulterait que les sévices, l'adultère, le meurtre auraient aujourd'hui une protection qu'autrefois ils n'avaient pas !

Mais on dit que la révocation des donations élève une barrière entre les époux, parce que l'offensé consentira avec plus de peine à un rapprochement qui le mettra, en quelque sorte, dans la nécessité de rétablir les avantages révoqués, afin que le pardon paraisse sérieux, et que dès lors elle éloigne des chances favorables à l'ordre public.

Au contraire, chose bizarre, d'autres voient dans la révocation une cause funeste de rapprochement, parce que les époux ayant la faculté de rétablir leurs rapports d'intérêts dans leur forme primitive, l'espoir de reconquérir ses droits peut faire que l'époux qui les a perdus obtienne, à l'aide de fallacieuses promesses, une réconciliation qui sera suivie, peut-être, de nouvelles discordes.

La manière diverse dont l'influence ultérieure de la révocation est appréciée prouve ce qu'il y a de vague et de faux dans les craintes qu'elle inspire.

Combien il est plus vrai de penser que la perspective d'une révocation de plein droit sera une garantie contre les séparations de corps, et que plus d'un devoir moral ainsi placé sous le patronage de l'intérêt matériel en sera mieux accompli ! Et au lieu de se demander quelle est la doctrine qui parviendra le mieux à réparer le mal, n'est-il pas plus sage de rechercher et d'adopter celle qui tend à le prévenir?

L'art. 1518, Cod. civ., achève la démonstration. Cet article est ainsi conçu : « Lorsqûe la dissolution de la communauté s'opère *par le divorce* ou *par la séparation de corps*, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput; mais l'époux qui a obtenu *soit le divorce*, *soit la séparation de corps*, conserve ses droits au préciput en cas de survie. »

Voilà donc l'époux contre lequel la séparation a été admise privé, aussi bien que l'époux qui a subi un jugement de divorce, de tout droit au préciput stipulé pour le cas de survie. Peut-on douter encore que, dans la pensée de la loi, le divorce et la séparation exercent la même influence sur les avantages matrimoniaux?

Ce n'est pas tout : le préciput dont l'art. 1518 proclame la révocation est une *clause conventionnelle*, réciproque et aléatoire. Or, si la loi ne craint pas de briser une partie intégrante du contrat, ne faut-il pas, à plus forte raison, admettre la révocation d'une

donation qui est une *simple libéralité*, c'est-à-dire un acte plus spontané, plus libre, plus individuel?

Désormais la lumière est faite. La saine logique et l'esprit de la loi réclament la solution que je viens de développer, et la morale place dans la balance sa toute-puissante autorité.

En supposant que les donations dont il s'agit ne soient pas révoquées de plein droit, sont-elles au moins révocables pour cause d'ingratitude?

C'est là une autre face de la difficulté : je l'examinerai au titre des donations entre-vifs.

Les donations faites, *depuis le mariage*, par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, me paraissent révoquées de plein droit, en vertu du même art. 299, Cod. civ.

Au reste, les donations faites depuis le mariage peuvent toujours être révoquées d'une manière expresse (art. 1096, Cod. civ.). L'époux qui a obtenu la séparation de corps aura donc au moins le droit d'user de cette latitude.

L'époux qui avait obtenu le divorce *conservait* les donations que l'autre époux lui avait faites par contrat de mariage, quoiqu'elles eussent été stipulées réciproques et que, par suite de la révocation qui s'opérait à son profit, la réciprocité n'eût pas lieu : il *conservait* aussi les donations qui lui avaient été faites depuis le mariage (art. 300, Cod. civ.).

Or, cette disposition de la loi voulait dire seulement que les donations, en général, faites à l'époux qui avait obtenu le divorce, n'étaient pas *révoquées de plein droit;* mais il serait absurde de prétendre que, s'il se fût agi de donations faites à cet époux, *depuis le mariage*, elles n'auraient pas été *révocables*. La révocabilité est de l'essence de ces donations; l'époux les *conservait* donc, mais soumises à l'éventualité qui résultait de leur essence primitive.

C'est avec cette signification qu'il faut appliquer l'art. 300 à la séparation de corps.

Les donations faites à l'époux défendeur par les parents de l'époux demandeur, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, ne sont ni révoquées ni révocables.

TITRE VII.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

Après avoir organisé dans ses diverses parties la théorie du mariage, la loi devait immédiatement soumettre à des règles l'effet principal du mariage même, c'est-à-dire, la paternité et la filiation.

La paternité, c'est la qualité de père ; la filiation, c'est la qualité de fils : paternité, filiation expriment ainsi deux idées corrélatives.

L'union des deux sexes n'est pas toujours légitime : toute paternité et toute filiation ne dérivent donc pas nécessairement du mariage; elles peuvent encore avoir pour cause l'inceste, l'adultère ou bien un commerce qui est libre sans être criminel.

Dans un premier chapitre, la loi indique et développe le principe qui constitue la démonstration de la paternité et de la filiation légitimes considérées en elles-mêmes.

Dans un deuxième chapitre, elle met au pouvoir d'un enfant les moyens de prouver que les effets attachés à cette démonstration lui sont applicables.

Dans un troisième chapitre, elle dit comment la paternité et la filiation qui ne résultent pas du ma-

riage, mais de l'union extrà-légale des deux sexes, peuvent devenir certaines.

Enfin, dans un titre séparé, elle traite, sous le nom d'adoption, de la paternité et de la filiation civiles.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS (1) DANS LE MARIAGE.

« L'enfant *conçu pendant le mariage* a pour père le mari (art. 312, Cod. civ.). »

Peu importe l'époque de la naissance, la loi se préoccupe uniquement de celle de la conception.

L'enfant né pendant le mariage, mais conçu à une époque antérieure, et celui qui a été conçu après la dissolution du mariage seront bientôt rangés dans une catégorie à part. Le principe de l'art. 312 ne protége donc d'une manière absolue que l'enfant conçu pendant le mariage, qu'il soit né avant ou après sa dissolution.

Ce principe n'est pas fondé sur une certitude matérielle. Il est toujours matériellement possible que l'enfant ait un autre père que le mari de la mère. Toutefois, une certitude morale puisée dans la vie commune des deux époux et dans la foi mutuelle-

(1) Au lieu de *nés* il faudrait *conçus*, car ce chapitre a précisément pour but d'établir que ce n'est pas la *naissance*, mais la *conception* pendant le mariage, qui constitue la légitimité.

ment promise devait suffire : autrement, il aurait fallu renoncer à organiser la famille et la société civile.

Cette certitude morale devra disparaître avec son élément principal, c'est-à-dire lorsqu'il sera prouvé que le mari n'a pas pu cohabiter avec la mère à l'époque à laquelle la conception s'est accomplie.

Diverses causes peuvent hâter ou retarder l'enfantement; l'époque de la naissance n'est donc pas un point de départ infaillible pour déterminer celle de la conception. En présence de ce secret de la nature, la loi, interrogeant l'expérience et se fondant sur l'observation, a fixé à trois cents jours le temps de la gestation la plus longue, et à cent quatre-vingts jours celui de la gestation la plus courte. Ainsi la conception doit, aux yeux de la loi, s'être nécessairement accomplie pendant l'intervalle qui commence avec le délai le plus long, et finit avec le premier jour du délai le plus court.

Si donc, dans cet intervalle, le mari n'a pas pu cohabiter avec sa femme, il n'est pas l'auteur de la conception, il n'est pas le père de l'enfant, il peut le désavouer (art. 312, Cod. civ.).

Par exemple, un enfant naît le 31 octobre. L'espace de trois cents jours qu'il faut placer par la pensée avant la naissance commence, dans une année non bissextile, le 4 janvier : l'espace de cent quatre-vingts jours qu'il faut également placer avant la même époque commence le 4 mai. Si, du 5 janvier inclusivement jusqu'au 5 mai aussi inclusivement, le

mari n'a pas pu cohabiter avec sa femme, il ne peut pas être le père de l'enfant dont elle est accouchée le 31 octobre. En effet, l'enfant n'a pas même été conçu le 4 janvier, car trois cents jours précéderaient celui de sa naissance; il aurait ainsi été porté trois cent un jours. Il n'a pas été conçu au moins le 6 mai, car il n'aurait été porté que cent soixante-dix-neuf jours. Il a donc été conçu dans l'intervalle qui a séparé le 4 janvier du 6 mai, c'est-à-dire pendant qu'il y avait impossibilité de la part du mari de cohabiter avec la mère.

Un autre que le mari a donc été l'auteur de la grossesse.

L'art. 312 exige une impossibilité physique de cohabitation.

Cette impossibilité peut résulter de l'*éloignement* du mari, sauf aux tribunaux à apprécier le degré et les caractères de l'éloignement. Elle peut résulter aussi d'un *accident*, c'est-à-dire d'une maladie ou des conséquences d'une maladie dont les tribunaux auront encore à apprécier la nature.

Hors de ces deux hypothèses, l'on ne rencontre plus que des impossibilités morales, telles que l'incompatibilité d'humeur entre les époux, une indifférence profonde ou une haine violente du mari. Evidemment de telles impossibilités devaient être écartées par la loi.

Le mari ne peut désavouer un enfant en alléguant son impuissance naturelle (art. 313, Cod. civ.).

L'impuissance naturelle constitue cependant une

impossibilité physique : or, pour justifier la loi qui refuse au mari le droit d'invoquer une telle cause de désaveu, le tribun Duveyrier, dans son discours au corps législatif, s'exprimait ainsi : « La justice éternelle, cette voix majestueuse de toute conscience pure, dit que, dans ce cas, si ce cas existe, l'homme doit supporter toutes les charges de la paternité dont il a témérairement affecté la puissance, et dévorer la honte d'un enfant dont il peut n'être pas le père, mais qu'il a eu la frauduleuse audace de promettre à sa femme et à la société. »

Il faut déplorer ces paroles, car ce serait une loi bien immorale que celle qui convierait en quelque sorte la femme à se venger, par l'adultère, de la *frauduleuse audace* du mari. Nulle provocation n'excuse le crime ; la résignation est donc, pour la femme trompée, le plus saint des devoirs.

Le véritable motif de la loi ne saurait résider que dans le caractère même de l'impuissance naturelle qui resterait le plus souvent problématique après des épreuves dont la pudeur sociale aurait été inutilement offensée. « Des exemples célèbres, a dit M. Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, ont prouvé que ni cette cause d'impossibilité de cohabitation, ni la déclaration du mari qui veut s'en prévaloir ne méritent confiance. Les gens de l'art n'ont eux-mêmes aucun moyen de pénétrer de tels mystères, et tel mari dont le mariage a été dissous pour cause d'impuissance a obtenu d'un autre mariage une nombreuse postérité. »

L'unique pensée du législateur étant désormais

bien connue, je ne saurais m'élever avec trop de force contre l'opinion de ceux qui n'admettent pas l'impuissance accidentelle comme cause de désaveu, lorsqu'elle est antérieure au mariage. On cherche en vain, à cet égard, une distinction dans le texte de la loi. L'impuissance accidentelle antérieure est-elle, par sa nature, plus difficile à démontrer que l'impuissance accidentelle postérieure? Et comment repousser la première sans adopter le motif que je viens de combattre au nom de la vérité, c'est-à-dire, sans supposer que la loi a voulu punir le tort du mari en consacrant l'immoralité de la femme?

L'adultère de celle-ci n'est pas une cause de désaveu (art. 313, Cod. civ.) : l'enfant peut appartenir au mari aussi bien qu'au complice de la mère.

Mais, si la naissance de l'enfant a été cachée au mari, il pourra invoquer l'adultère. Néanmoins, la preuve de ces deux circonstances ne suffira pas. Le recel de l'enfant fait, sans doute, présumer que la mère ne croit pas à la paternité du mari; mais elle a pu se tromper sur l'auteur de sa grossesse, elle a pu aussi cacher la naissance par crainte d'un mari ombrageux et jaloux, elle a pu enfin la cacher sciemment pour dérober l'enfant à son véritable père, et faire un coupable hommage de sa fécondité au complice de ses désordres. Le mari devra donc achever la démonstration par des éléments que désormais il pourra puiser à toutes les sources.

Le recel de l'enfant est ainsi le point de départ, c'est la seule preuve préalable qui doive être faite. Ce premier point, dès qu'il est établi, autorise la

démonstration ultérieure et en quelque sorte subsidiaire de tous les faits propres à détruire la présomption de paternité. Ces faits sont nécessairement les relations criminelles de la femme avec un autre homme que son mari, puis les impossibilités morales (art. 313, Cod. civ., analysé).

La séparation de corps n'est certes pas, par elle seule, une cause de désaveu. Mais, si l'enfant a été caché, si le mari prouve l'adultère, on conçoit que le fait de la séparation des deux époux sera, dans l'ordre moral, une puissante impossibilité.

J'ai dit que la présomption de paternité ne protégeait d'une manière absolue que l'enfant conçu pendant le mariage : quel est donc le sort de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage?

Cet enfant n'est pas légitime, car il a été conçu avant le mariage même.

Néanmoins, l'art. 314, Cod. civ., pose en principe que, pour être privé de toute légitimité, l'enfant devra être désavoué par le mari. Si donc celui-ci ne le désavoue pas, on peut dire qu'il l'aura légitimé par son silence.

La loi s'est montrée infiniment sage en laissant au mari toute liberté d'action : pourquoi, en effet, lui enlever le droit de pardonner une faute antérieure aux liens qu'il a formés?

Il est évident que, si le mari était engagé dans les liens d'un premier mariage à l'époque à laquelle se rapporte la conception, son silence ne légitimerait pas l'enfant. Dans ce cas, au contraire, l'enfant est

adultérin par là même que le mari en accepte la paternité (1).

Au reste, pour déterminer l'époque de la conception, il faut, en pareil cas, admettre la gestation la plus longue ou la gestation la plus courte, selon l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire, choisir celle qui peut faire remonter la conception à un jour où le mari n'était pas encore ou bien n'était plus engagé dans les liens d'un premier mariage.

Lorsque le mari veut désavouer l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, il lui suffit de fonder son désaveu sur deux dates, celle de la naissance et celle du mariage.

Il n'a plus le droit d'exercer l'action en désaveu lorsqu'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, ou bien lorsque, présent à l'acte de naissance, il l'a signé ou qu'il a déclaré ne pas savoir signer, et enfin lorsque l'enfant n'est pas déclaré viable. Dans les deux premiers cas, on doit croire que la paternité lui appartient. Dans le troisième, il est permis de penser que l'enfant a été conçu pendant le mariage, mais qu'il est né avant terme : d'ailleurs, l'enfant qui manque des conditions de viabilité ne vivra pas, et, dès lors, à quoi bon permettre au mari de révéler gratuitement la faute de la mère?

L'exception puisée, soit dans la non-viabilité de l'enfant, soit dans l'acte de naissance signé du mari ou renfermant sa déclaration de ne savoir signer,

(1) Je reviendrai sur ce point à l'article 331.

est évidemment applicable, malgré le silence de la loi, au désaveu fondé sur l'impossibilité physique de cohabitation, car il y a identité absolue de motifs et de considérations.

Au reste, dans tous les cas, le mari qui aura reconnu, de quelque manière que ce soit, la légitimité de l'enfant, sera déchu du droit de le désavouer. L'ordre public le veut ainsi, et il n'est certainement pas entré dans la pensée de la loi d'énumérer des causes de déchéance limitatives.

Quel est maintenant le sort de l'enfant né trois cents jours *après la dissolution du mariage*, c'est-à-dire, au plus tard, le trois centième jour qui a suivi la dissolution, non compris le jour même où elle s'est accomplie?

« La légitimité de cet enfant, dit l'art. 315, *pourra être contestée.* »

Pourquoi la loi suppose-t-elle une contestation possible là où il semble qu'elle aurait dû proclamer sans nul scrupule l'illégitimité?

On ne saurait croire qu'elle ait voulu laisser aux tribunaux le droit de décider, d'après les circonstances, que la gestation a pu durer plus de trois cents jours, et que l'enfant né après ce terme est néanmoins légitime : avec une telle interprétation, quelle est la limite à laquelle les tribunaux devraient s'arrêter?

Il est plus sage et plus rationnel d'admettre que si personne n'a intérêt à faire convertir en vérité légale l'illégitimité matérielle de l'enfant, il vivra à l'abri de ce silence. Mais si l'enfant, voulant exercer

tous les droits attachés à la légitimité, autres que des droits purement honorifiques, rencontre des adversaires qui aient un intérêt pécuniaire à rapprocher la date de sa naissance de celle du décès du mari, il sera déclaré illégitime vis-à-vis de ceux qui lui opposeront ainsi le vice positif de son origine.

Il ne faut pas confondre le désaveu avec la contestation de légitimité.

L'un a pour but de détruire la présomption légale de paternité qui protége l'enfant, l'autre tend à empêcher un enfant de se prévaloir d'une présomption qui n'existe pas. Le désaveu appartient au mari et à ses héritiers ; il ne saurait appartenir à la mère qui ne peut invoquer sa propre turpitude, ni à ses héritiers qui ne peuvent avoir un droit qu'elle ne leur a pas transmis ; la contestation de légitimité appartient à tous ceux qui ont intérêt à l'élever, même aux parents maternels. Le désaveu est toujours une action, la contestation de légitimité est surtout une exception, un moyen de défense. Celui-là doit être exercé dans un très-bref délai : celle-ci, comme action, est soumise à la prescription ordinaire ; comme exception, elle dure autant que l'attaque qu'elle a pour objet de repousser.

Dans les divers cas où le mari est autorisé à exercer le désaveu, il doit agir dans le mois de la naissance de l'enfant, s'il se trouve sur les lieux, c'est-à-dire, dans un lieu assez voisin pour qu'il n'ait pu ignorer l'accouchement.

Si, à l'époque de la naissance, il était absent, c'est-à-dire, assez éloigné pour qu'il n'ait pu en être instruit et agir immédiatement, il aura deux mois à dater de son retour.

Lorsque la naissance lui a été cachée, le délai est le même; seulement il date de la découverte de la fraude (art. 316, Cod. civ.).

C'est au mari à prouver la fraude; ses adversaires doivent prouver à quelle époque il l'a connue.

Si le mari est mort avant d'avoir intenté l'action en désaveu, mais étant encore dans le délai utile, son droit passera à ses héritiers. Ceux-ci ayant surtout à défendre un intérêt matériel, pourront garder le silence tant que cet intérêt ne sera pas mis en question.

Mais, si l'enfant les trouble dans la possession des biens du défunt, en leur faisant notifier, par exemple, un acte extrajudiciaire par lequel il révèle ses prétentions à la légitimité, ou si, dès le principe, il s'empare lui-même de la succession, ils devront, dans les deux mois, exercer le désaveu (art. 317, Cod. civ.) (1).

Il est à remarquer que le droit du mari est transmissible aux héritiers, dans toutes les hypothèses, car la loi ne fait aucune exception au principe de la transmissibilité, qui est fondé sur le droit commun. Ils pourront donc exercer le désaveu, même quand

(1) La loi dit qu'ils auront deux mois pour *contester la légitimité de l'enfant*. Ces expressions, vraies dans un sens générique, ne le sont pas dans le sens relatif: il s'agit ici du droit transmis par le mari, c'est-à-dire, du *désaveu* et non pas de *la contestation de légitimité*.

ils auront besoin d'alléguer et de démontrer l'adultère de la femme. Dans l'ordre criminel, il est vrai, l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari (art. 336, Cod. pén.) : mais, ici, l'adultère n'est pas l'objet d'une dénonciation, les héritiers du mari ne provoquent pas une preuve isolée et principale, ils ne réclament pas une répression correctionnelle, ils intentent tout simplement une action civile en désaveu. Dès lors, l'adultère n'est plus qu'un moyen invoqué pour appuyer la demande et dont la démonstration doit être licite comme celle de tout autre fait allégué dans le même but.

Les donataires ou légataires, soit universels, soit à titre universel, peuvent aussi exercer le désaveu ou la contestation de légitimité, car l'intérêt matériel auquel la loi fait évidemment la plus large part, après le décès du mari, est aussi puissant pour eux que pour les héritiers du sang : mais ils n'auront un intérêt qu'autant que l'enfant voudra faire réduire les avantages qu'ils ont reçus.

Le même droit me paraît appartenir, dans la même hypothèse, aux donataires et légataires particuliers, puisqu'il se fonde sur un intérêt de même nature.

« Un homme, dit un auteur, après avoir séjourné deux ans dans les colonies, y meurt, laissant un testament par lequel il dispose, en legs particuliers, de la totalité de sa fortune. Sa femme, qui n'est pas sortie de France, accouche peu de temps avant sa mort. Dans le système que je combats, l'enfant pourrait venir réclamer une réserve sur les biens du

mari, sans que les légataires eussent le droit de contester sa légitimité (c'est-à-dire de le désavouer). Une pareille conséquence emporte avec elle la réfutation du principe (Delvincourt, pag. 89, note 6). »

L'action en désaveu peut être directement portée en justice : elle doit être dirigée, non pas contre la mère, mais, en sa présence, contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, s'il est encore mineur (art. 318, Cod. civ.).

Ce tuteur devrait être nommé quand même le mineur serait émancipé : la loi ne distingue pas, et, d'ailleurs, dans des circonstances aussi graves, les intérêts de l'enfant réclament une protection spéciale.

Le désaveu peut être d'abord formulé dans un acte extrajudiciaire, sauf au mari ou à ses héritiers à porter la cause devant le tribunal dans le mois suivant, sous peine de déchéance. Avec cette marche, le délai primitif peut être prolongé d'un mois.

Je ne saurais croire avec M. Duranton, nº 95, que le désaveu par acte extrajudiciaire n'ait pas besoin d'être signifié. Qu'est-ce, en vérité, qu'un acte extrajudiciaire qui reste secret et inédit? Pourquoi l'acte ne serait-il pas signifié au tuteur ordinaire de l'enfant, en attendant la nomination d'un tuteur *ad hoc* qui puisse être assigné? Si l'enfant est majeur, où est le motif pour ne pas le signifier à l'enfant lui-même?

Je ne saurais admettre enfin avec le même auteur, nº 96, que le tuteur *ad hoc* doive être nommé par le conseil de famille de l'enfant. Le choix de ce conseil

serait toujours suspect à cause des parents paternels qui ont un intérêt direct ou indirect à ce que l'illégitimité soit prononcée.

Il convient bien mieux de faire nommer ce tuteur par le tribunal devant lequel l'action sera portée.

CHAPITRE II.

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

Pour démontrer sa filiation, un enfant peut invoquer trois genres de preuves : 1° un acte de naissance, 2° la possession d'état, 3° la preuve testimoniale.

Il importe de ne pas perdre de vue que la loi trace ici des principes spécialement relatifs à la preuve de la filiation *légitime*. Dès lors elle suppose que le mariage du père et de la mère auxquels l'enfant prétend appartenir est légalement prouvé.

La filiation légitime se démontre d'abord par un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil (art. 319, Cod. civ.).

L'acte de naissance rédigé dans les trois jours de l'accouchement et sur la déclaration des personnes qui y ont assisté prouve en effet, jusqu'à inscription de faux, qu'un enfant est né de la femme qu'il indique : si, d'un autre côté, le mariage de cette femme est certain, l'enfant a nécessairement pour père le mari de sa mère.

Peu importe que la mère seule ait été désignée dans

l'acte, qu'il n'y soit pas question du père, ou qu'il y soit dit que le père est inconnu; peu importe même que l'acte donne à l'enfant un autre père que le mari de la mère : la paternité du mari ne peut pas ne pas être la conséquence forcée de la maternité de la femme.

Toutefois, les registres de l'état civil étant publics, l'on peut objecter à l'enfant qu'il s'est fait délivrer l'acte de naissance d'un autre individu. Il est alors placé dans la nécessité d'établir son identité, c'est-à-dire de prouver qu'il est bien le même que celui dont la mère désignée dans l'acte est accouchée.

Or, l'enfant pourra faire cette preuve même par témoins ou par des présomptions : à cet égard, on ne saurait lui refuser les plus grandes facilités. En effet, ne pas présumer que l'acte de naissance s'applique à celui qui le produit, ne pas faire de la preuve de l'identité une preuve entièrement accessoire, ce serait admettre, en principe, la possibilité des fraudes les plus improbables et proclamer indirectement l'inutilité du titre lui-même.

Si l'acte de naissance a été inscrit sur une feuille volante, le vœu de la loi a été méconnu : un tel acte ne peut donc être, selon les circonstances, qu'un élément de nature à donner plus ou moins de force aux deux autres genres de preuve.

A défaut de titre, c'est-à-dire si l'acte de naissance n'est pas représenté, qu'il ait été supprimé, qu'il soit perdu ou qu'il n'ait jamais existé, ou même s'il est représenté, mais qu'il soit inexact, irrégulier,

la possession constante de l'état d'enfant légitime suffira pour établir la filiation (art. 320, 321, Cod. civ.).

J'ai dit, au titre du mariage, quelles circonstances réunies constituaient la possession d'état : il est évident que ces diverses circonstances peuvent être prouvées même par témoins, et qu'il appartient aux tribunaux de les apprécier.

La possession d'état renferme en elle-même une démonstration qui n'est pas dans l'acte de naissance, c'est celle de l'identité.

« De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, a dit Cochin, il n'y en a point de plus solide et de plus puissante que celle de la possession publique. L'état n'est autre chose que le rang et la place que chacun tient dans la société générale des hommes, et dans les sociétés particulières que la proximité du sang forme dans les familles : et quelle preuve plus décisive pour fixer cette place que la possession publique où l'on est d'en occuper une depuis qu'on est au monde? Les hommes ne se connaissent entre eux que par cette possession ; celui-ci a toujours connu un tel pour son père, une telle pour sa mère, celui-là pour son frère, les autres pour ses cousins : il a été de même reconnu par eux ; le public a été instruit de cette relation. Comment, après trente ou quarante ans, changer toutes ces idées, détacher un homme d'une famille dans laquelle il est, pour ainsi dire, enraciné par tant d'actes et de reconnaissances géminées ? C'est dissoudre ce qu'il y a de plus indissoluble ; c'est, en quelque manière, rendre tous les hommes étrangers les uns aux au-

tres. On ne se reposera plus sur la foi publique et sur une longue habitude de se reconnaître dans un certain degré de parenté; le frère se tiendra en garde contre son frère qui, dans peu, pourra cesser de l'être si la possession publique ne le rassure plus contre de telles révolutions ; en un mot, c'est ébranler les fondements de la tranquillité publique que de ne pas reconnaître l'autorité de la possession publique de l'état. Celui qui l'a en sa faveur n'est point obligé de remonter à d'autres preuves; elle tient lieu de tous les titres que les ordonnances désirent. »

Toutefois, la possession sans le titre n'est pas une preuve irrésistible, car, en produisant un acte de naissance et en établissant que c'est à lui qu'il s'applique, tout individu la dépouille de son prestige.

De même, on a vu que le titre sans la possession réclamait encore la preuve de l'identité, comme dernier trait de lumière.

Mais, si un enfant a tout à la fois un titre et une possession d'état conforme à ce titre, la démonstration est aussi puissante que possible. Nul ne pourra contester l'état de cet enfant : il ne pourra pas le contester lui-même (art. 322, Cod. civ.).

Aucune inscription de faux ne serait donc admissible contre le titre pour isoler la possession et la combattre ensuite; l'on prétendrait en vain que l'enfant est né d'un autre père ou d'une autre mère, et que ceux auxquels une double preuve le rattache l'ont seulement recueilli dès sa naissance, ou même qu'il a été substitué, en nourrice, à celui à qui ils ont réellement donné le jour; en vain l'enfant lui-même

invoquerait-il ces faits pour réclamer une autre filiation ; le principe de la loi est inflexible. Ainsi le voulait la sécurité des familles.

Il est bien évident que, pour arriver à cette conséquence, il faut partir du point que le mariage des père et mère est valable; car si la nullité du mariage est un fait démontré, il ne reste plus qu'une filiation illégitime.

Lorsqu'un enfant n'a point d'acte de naissance, point de possession d'état suffisante; lorsqu'il a été inscrit comme né, non pas seulement d'un père inconnu, mais d'un père et d'une mère inconnus l'un et l'autre; enfin, s'il prétend être inscrit sous de faux noms, il peut prouver sa filiation par témoins, c'est-à-dire s'appuyer sur le témoignage des personnes qui affirment l'avoir vu naître de la femme mariée à laquelle il prétend appartenir (art. 323, Cod. civ.).

Quand l'enfant soutient qu'il a été inscrit sous de faux noms ou, ce qui est la même chose, que ses noms primitifs et véritables ont été altérés dans l'acte de naissance, il doit s'inscrire en faux, et l'on verra dans un instant que l'inscription doit être non pas criminelle mais civile.

Dans tous les cas, la preuve par témoins n'est admissible, à cause de ses dangers et de ses incertitudes, qu'autant qu'il y a déjà une vraisemblance acquise et qu'il s'agit uniquement de la faire monter au degré de la vérité.

Or, cette vraisemblance que les tribunaux ont à apprécier doit résider dans des titres de famille, des

registres et papiers domestiques du père ou de la mère même vivants, dans des actes publics ou privés émanés, soit des adversaires actuels du réclamant, soit d'une personne qui serait son adversaire ou qui aurait intérêt à l'être, si elle était vivante (art. 324, Cod. civ.).

Ces éléments forment ce qu'on appelle un commencement de preuve par écrit.

La vraisemblance peut résulter encore de faits actuellement constants ou tenus pour certains : elle ne résulterait donc pas de faits contestables et qu'il faudrait prouver (art. 323, Cod. civ.).

Lorsque les tribunaux pensent qu'une partie de la démonstration est ainsi faite, ils sont autorisés à permettre la preuve testimoniale.

Cette règle doit recevoir son application, même dans les hypothèses prévues par l'art. 46, Cod. civ., c'est-à-dire quand il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus.

L'art. 46 dit, il est vrai, d'une manière générale, que, dans ces cas, les naissances, mariages et décès peuvent être prouvés par témoins : or, nul texte nouveau ne soumet à des restrictions la faculté de prouver ainsi les mariages ou les décès, mais l'art. 323 crée évidemment des restrictions spéciales pour la preuve des naissances, et, dès lors, il modifie d'une manière grave le principe que l'art. 46 avait primitivement proclamé sous une forme absolue.

Ici apparaissent de nouvelles rigueurs. Quand l'enfant réduit à la voie extrême et dangereuse de la preuve testimoniale aura établi la maternité, il ne

sera pas irrésistiblement protégé par une présomption de paternité applicable au mari de la mère : ses adversaires auront le champ libre pour établir qu'enfant d'une femme mariée il n'est pas l'enfant du mari de cette femme. Ils pourront invoquer, non pas seulement les causes limitées qui servent de base à un désaveu ordinaire, mais de simples impossibilités morales. Il ne s'agit pas, en effet, de dépouiller un enfant de l'état qui lui est assuré par des voies régulières, mais d'empêcher un étranger de s'introduire dans une famille par des voies exceptionnelles et suspectes (art. 325, Cod. civ.).

L'enfant doit porter sa réclamation devant le tribunal civil (art. 326, Cod. civ.).

Toute action criminelle motivée par une lacération, une altération, un faux quelconque qui aurait privé l'enfant de son titre et par conséquent de son état, ne peut être intentée qu'après la décision des tribunaux civils sur la question d'état (art. 327, Cod. civ.).

Il est même généralement reconnu que l'action du ministère public reste enchaînée par le silence de l'enfant.

Sans cette sage prévoyance de la loi, une procédure criminelle intentée devant des tribunaux où la preuve testimoniale est nécessairement admise aurait fourni à l'enfant un commencement de preuve dont il serait venu ensuite se prévaloir devant les tribunaux civils, et qui aurait précisément résidé dans l'élément que la loi frappe de réprobation.

Par suite de ce principe protecteur de la sécurité des familles, l'enfant qui attaque devant les tribunaux civils son acte de naissance comme renfermant de faux noms doit prendre, ainsi que je l'ai dit, la voie du faux incident civil et non pas celle du faux principal ou criminel, et il ne peut soutenir son inscription de faux par la preuve testimoniale qu'autant qu'il produit déjà un commencement de preuve.

L'on a vu ailleurs que la preuve d'un mariage pouvait toujours résulter d'une procédure criminelle (art. 198, Cod. civ.). Cette différence entre la preuve d'un mariage et celle de la filiation s'explique par la nature même des choses : une naissance est un fait secret qui, affirmé par les uns, pourrait n'être pas contredit par les autres, tandis qu'un mariage est un fait trop notoire pour que l'imposture de quelques témoins corrompus ne puisse pas recevoir d'éclatants démentis.

L'enfant peut toujours réclamer son état; nulle prescription ne saurait lui être opposée (art. 328, Cod. civ.).

L'état considéré en lui-même est surtout composé d'éléments moraux : sous ce rapport, il est lié à l'ordre public, il n'est pas dans le commerce, il ne saurait périr.

Peu importe que l'enfant soit resté plus de trente ans sans état, ne sachant à quelle famille se rattacher, ou que, pendant plus de trente ans, privé de titre, il ait été en possession d'un état autre que celui qu'il a découvert et qu'il croit désormais être

son état véritable. Dans le premier cas, il n'a rien perdu; dans le second, il n'a rien acquis, et d'ailleurs pouvait-il acquérir l'état qu'il a possédé, sans perdre celui qu'il réclame et qui peut-être lui appartient?

Envisagé sous le rapport de ses conséquences matérielles, l'état est prescriptible.

L'enfant, qui peut toujours réclamer son état considéré comme une propriété morale, et qui, dans l'avenir, se prévaudra des effets honorifiques et des avantages pécuniaires qui y sont attachés, ne saurait réclamer des successions possédées par d'autres depuis trente ans.

De même si, en vertu de l'état qui lui était faussement attribué, il a recueilli des successions et les a possédées pendant trente ans, il ne sera pas obligé de les rendre après avoir fait proclamer un état contraire. Dans l'ordre moral, la vérité devait triompher du temps; dans l'ordre matériel, le temps devait nécessairement protéger les possesseurs.

L'enfant, qui ne peut perdre son état par son silence, ne saurait non plus le perdre par l'effet d'une volonté expresse.

Il ne pourrait donc vendre ses prétentions, il ne pourrait pas mieux les abdiquer en déguisant le marché sous la forme d'une transaction : de tels contrats blesseraient l'ordre public.

Je ne saurais croire que l'enfant pût transiger sur les intérêts pécuniaires attachés à l'état qu'il réclame. Toute distinction entre l'état lui-même et ses conséquences me paraît subtile, insaisissable et contraire à l'esprit de la loi. Comment isoler, en effet, la consé-

quence de son principe? Comment sacrifier l'une sans compromettre l'autre? Qu'importe que l'état réclamé soit un principe en question? En est-il moins vrai que l'enfant qui transige pour une somme d'argent aliène l'état que peut-être il aurait conquis devant la justice? En est-il moins vrai qu'il pactise implicitement sur des éventualités morales, et que dès lors il atteint un un ordre de choses que la loi place au-dessus des caprices de l'homme?

L'enfant ne pourrait pas soumettre à des arbitres une action en réclamation d'état (art. 1004, Cod. pr.).

Après avoir porté l'action devant les tribunaux, il pourrait se désister de la procédure, mais il ne serait pas lié par un désistement qui s'appliquerait au fonds même du droit.

Après avoir été condamné, il ne pourrait pas formellement acquiescer au jugement ou à l'arrêt.

Le droit de l'enfant n'est pas toujours transmissible à ses héritiers. Pour eux, c'est l'intérêt matériel qui domine, et, dès lors, il importait de limiter, à leur égard, l'exercice de l'action.

Si donc l'enfant meurt, sans avoir réclamé, après l'âge de vingt-six ans accomplis, il est permis d'objecter à ces héritiers que, juge dans sa propre cause, il s'est condamné par son silence.

Les héritiers allégueraient en vain que si l'enfant eût connu son véritable état, il l'aurait réclamé : en vain borneraient-ils leurs prétentions à un simple titre et aux éventualités de l'avenir, respectant ainsi les droits recueillis par d'autres dans le passé, alors

même que la prescription ne les protégerait pas. Le principe de la loi, fondé non-seulement sur l'aveu que semble renfermer un silence de cinq années gardé par l'enfant depuis sa majorité, mais encore sur le besoin de soustraire les familles à des réclamations dictées par l'intérêt personnel, reste absolu et inflexible.

Lorsque l'enfant meurt avant l'âge de vingt-six ans accomplis, ses héritiers peuvent, sans nul doute, intenter l'action : mais, trente ans après son décès, elle sera prescrite.

Les héritiers peuvent continuer l'action quand elle a été commencée par l'enfant, *à moins*, dit l'art. 330, Cod. civ., *qu'il ne s'en fût désisté d'une manière formelle.*

Par ces termes, la loi suppose, sans doute, que l'enfant s'est désisté non-seulement de la procédure, mais encore de toute prétention.

Si donc l'enfant ne s'est désisté que de la procédure, sans abdiquer le droit de recommencer l'action, ses héritiers pourront la reprendre eux-mêmes, pourvu qu'il soit décédé avant vingt-six ans accomplis.

L'art. 330 prévoit encore le cas où l'enfant *a laissé passer trois années sans poursuites*, à compter du dernier acte de la procédure.

Je ne saurais croire qu'ici la loi exprime contre les héritiers une déchéance absolue. On ne peut admettre, en effet, que la discontinuation de poursuites pendant trois ans soit autre chose qu'un désistement tacite de la procédure : s'il en est ainsi,

comment concevoir qu'un tel désistement entraîne des conséquences plus graves que celui qui résulte d'un acte exprès?

Bien plus, toute discontinuation de poursuites pendant trois années constitue ce qui est appelé, dans le langage de la procédure, une *péremption :* or, la péremption éteint l'instance sans faire périr le droit.

Ne voit-on pas, dès lors, qu'en se préoccupant de l'hypothèse où l'enfant discontinuerait les poursuites pendant trois ans, la loi se réfère au principe de la péremption et adopte ses résultats?

Les héritiers pourront donc recommencer l'instance périmée si l'enfant est mort avant vingt-six ans.

S'il est mort après cet âge, il ne faut pas oublier que la péremption n'a pas lieu de plein droit, qu'elle peut être *couverte*, selon l'expression de l'art. 399, Cod. pr., par les actes valables faits avant qu'elle soit demandée : dès lors, tant qu'elle ne sera pas demandée, les héritiers pourront reprendre les poursuites et lier ainsi le présent, qui est leur œuvre, au passé qui fut l'œuvre du défunt.

Les légataires et donataires universels ou à titre universel de l'enfant sont, aussi bien que les héritiers du sang, ses représentants légaux et les continuateurs de sa personne civile : il est donc rationnel de leur accorder les mêmes droits qu'à ceux-ci.

Quant aux créanciers, il est incontestable que, pendant la vie de l'enfant, ils ne sauraient exercer en son nom l'action en réclamation d'état. Une telle action, considérée dans sa nature intime et dans ses

26

résultats, se compose d'éléments moraux dont ces créanciers ne sauraient se rendre les appréciateurs. Qu'y aurait-il de plus bizarre, en effet, que la prétention de créanciers voulant, pour satisfaire leur intérêt pécuniaire, imposer à l'enfant un état civil dont il ne veut pas?

Il doit en être de même après le décès de celui-ci. L'action, sans doute, s'adresse aux biens qui seront acquis à la succession de l'enfant, si son état est proclamé: néanmoins l'état forme la question préjudicielle et il sera le principe de cette richesse posthume; or, je viens de le dire, il ne saurait être dans les droits des créanciers de soulever une discussion qui les rende juges de l'état civil d'un homme.

Cette solution s'applique, par les mêmes motifs, aux légataires particuliers (1).

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

Le but de la loi, dans ce chapitre, est de déterminer par quels moyens exceptionnels les enfants

(1) Cette opinion n'a rien de contradictoire avec celle que j'ai émise dans le chapitre précédent où j'ai accordé aux légataires particuliers le droit de désavouer un enfant qui veut faire réduire leurs legs. En effet, dans ce cas, les légataires contestent un état civil qui est acquis à l'enfant : c'est à celui-ci à défendre et à sauver ce qu'il possède. Mais des légataires particuliers qui exerceraient au nom d'un enfant l'action en réclamation d'état, se feraient les organes d'un vœu qui touche à un ordre de choses qu'ils

qui ne sont pas le fruit du mariage peuvent prouver leur filiation et se rattacher soit à un père et à une mère, soit à l'un des deux isolément.

Guidée par la morale, la loi fait une différence entre les enfants simplement naturels qui doivent le jour à une faiblesse, et les enfants incestueux ou adultérins qui sont la révélation vivante d'un crime : elle admet, pour les uns, le droit d'occuper un rang, quoique très-incomplet, dans la société civile ; elle en repousse sévèrement les autres.

Bien plus, appelant de tous ses vœux de salutaires réparations, elle donne aux parents la possibilité d'élever leurs enfants simplement naturels à la position d'enfants légitimes.

Tel est même le premier ordre d'idées dont elle se préoccupe.

SECTION 1re. — *De la légitimation des enfants naturels.*

« Les enfants nés hors mariage, autres que *ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin*, dit l'art. 331, Cod. civ., pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration. »

Le bienfait de la légitimation est donc exclusivement accordé aux enfants naturels. Le mariage

ne peuvent pas apprécier. On voit donc que les positions sont loin d'être les mêmes.

répare la faute des auteurs de leurs jours ; il purifie une origine qui est immorale sans être criminelle.

La loi refuse cette faveur aux enfants adultérins ou incestueux : il y a des réparations que la prudence publique repousse et dont la pudeur sociale serait offensée.

Lorsque des parents ou alliés se marient avec les dispenses permises, leur mariage peut-il légitimer les enfants nés avant sa célébration ?

Je dois d'abord faire remarquer que la question est la même, que les enfants soient nés ou aient seulement été conçus avant les dispenses; car, si la prohibition apportée au mariage par la parenté ou l'alliance n'était pas levée par les dispenses à l'époque de la conception, celle-ci révèle nécessairement un inceste matériel.

Or, en présence de l'art. 331, les meilleurs esprits se divisent.

J'interrogerai le texte et l'esprit de la loi.

Des jurisconsultes soutiennnent que l'art. 331 fait seulement allusion aux enfants nés d'un commerce entre parents qui ne peuvent jamais se marier, comme un père et sa fille, un frère et sa sœur.

S'il en est ainsi, cet article renferme une naïveté bien singulière. Conçoit-on, en effet, un texte qui prend la peine de dire qu'un mariage qui n'aura jamais lieu ne pourra produire aucune légitimation?

Il est donc bien évident que l'art. 331 s'applique aux enfants nés d'un commerce incestueux qui peut être réparé par un mariage précédé de dispenses.

Toutefois l'on dit qu'il est possible que l'art. 331, en proscrivant la légitimation des enfants nés d'un inceste irréparable, ait voulu inculquer plus profondément l'horreur d'un tel crime.

Mais ne voit-on pas que cette explication bizarre et forcée convertit un article de loi en un simple précepte de morale?

L'on ajoute que l'art. 331, mentionnant d'abord les enfants nés hors mariage, sans distinction, comme pouvant être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, devait ensuite, pour l'exactitude de sa rédaction, exprimer l'exception applicable aux enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.

Je réponds qu'il suffisait d'exprimer une exception relative aux mariages contractés entre personnes qui, devenues libres, avaient eu précédemment des relations adultères, et qu'il était encore fort inutile de dire que des mariages impossibles ne produiraient point de légitimation.

Pour échapper à cette conséquence on prétend que la loi, habituée à assimiler dans sa pensée les enfants adultérins et ceux qui sont le fruit de l'inceste, n'a parlé de ces derniers d'une manière générale que par l'effet d'une préoccupation involontaire, et qu'en réalité elle n'a voulu proscrire que la légitimation des enfants nés d'un commerce adultérin.

Ce raisonnement peut se résumer ainsi : plutôt que de donner aux termes de la loi le seul sens raisonnable qu'ils puissent avoir, il faut les considérer comme étant le résultat d'une véritable étourderie.

En vérité, avec ce système commode, quelle loi sera à l'abri des interprétations les plus arbitraires?

Le texte de l'art. 331 conserve donc toute sa puissance.

Son esprit parle plus haut encore.

N'est-il pas évident que la loi ne pouvait assimiler les fruits de l'inceste même réparable aux fruits d'une simple faiblesse? N'est-ce pas à cause de la possibilité même de la réparation qu'il fallait se montrer inexorable pour le temps qui la précède, à moins de faire du remède un encouragement au mal? Ne sent-on pas qu'avec la perspective d'un avenir qui ne laissera subsister aucune trace du passé, des parents craindront moins d'abuser des relations que la parenté ou l'alliance rend plus faciles; que les affections saintes de la famille se changeront plus rapidement en amours criminelles, et que de précieuses garanties seront enlevées à la vie domestique? Au reste, des liens légitimes peuvent un jour succéder à des relations adultères : cependant, ils ne produiront pas la légitimation des enfants. Qu'importe, en effet, à la loi cette liberté que l'avenir réserve aux coupables? Un crime présent s'efface-t-il devant une innocence future?

Mais, dit-on, l'adultère est un obstacle absolu : l'inceste, au contraire, est un empêchement moins grave puisqu'il peut être levé par des dispenses.

Vaine subtilité! une dispense sera octroyée par le roi : la mort rompra les liens existants qui sont cause de l'adultère. Mais, en attendant que le roi prononce, ou que le cours des événements rende libres

ceux qui ne le sont pas, le crime est-il moins positif? En est-il moins une anticipation effrontée sur la justice du souverain ou sur les décrets de Dieu?

L'on s'étonne que ceux qui ont commis l'inceste puissent être admis par des dispenses à une position désormais légitime, et que les enfants seuls soient déshérités de ce bienfait.

La conséquence, sans doute, est sévère; mais c'est précisément cette sévérité qui fait la force et la valeur du principe. Légitimer les enfants incestueux par le mariage subséquent, c'est dépouiller de son efficacité la plus énergique la prohibition portée contre l'inceste : encore une fois, c'est convier au crime par l'espoir d'une réparation sans limites.

La loi n'a pas hésité à priver de la légitimation les enfants adultérins dont les père et mère devenus libres peuvent se marier sans recourir à des dispenses : elle a bien compris que la crainte de donner le jour à des enfants à jamais rejetés de la famille éloignerait de l'adultère. Or, il importait aussi que la même perspective vînt ajouter à l'horreur de l'inceste pendant qu'il se médite et au moment où il va se commettre. Et parce que la loi permet à des coupables de faire cesser le scandale pour l'avenir, où est la nécessité logique et morale de comprendre les enfants dans le pardon?

Fruits de l'adultère ou de l'inceste, les enfants seront donc des victimes nécessaires : s'il ne doit pas y avoir de victimes, en coûtera-t-il plus de séduire une parente ou la femme d'un ami que de courtiser avec succès une femme libre qui ne dépend que de sa pudeur?

Enfin, je l'avoue, si le mariage subséquent donne le jour à des enfants, il y aura tout à la fois, dans la même famille, des enfants légitimes et des enfants incestueux. Mais ce résultat s'explique par la différence des temps : d'ailleurs, la loi ne tolère-t-elle pas le même spectacle après un mariage que l'adultère a précédé ?

« Si l'intérêt des mœurs, a dit M. Bigot-Préameneu dans l'*exposé des motifs*, a fait admettre la légitimation par mariage subséquent, ce même intérêt s'oppose à ce qu'elle ait lieu, si les enfants ne sont pas nés DE PÈRE ET DE MÈRE LIBRES. *Les fruits de l'adultère ou de l'inceste ne sauraient être ensuite assimilés à ceux d'un hymen légitime.* »

Il est donc bien certain que la pensée qui a dicté l'art. 331 renferme une haute moralité : elle est éminemment sociale, éminemment protectrice de l'honneur des familles. Reculer devant ses conséquences, c'est n'avoir pas le courage d'une opinion assise sur une base utile et féconde ; c'est oublier, pour le mal que la loi ne parvient pas toujours à empêcher, tout le bien qu'elle peut faire.

J'ai déjà eu occasion de dire que l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, et non désavoué par le mari qui, à l'époque de la conception, était engagé dans des liens légitimes, ne pouvait être l'objet d'une légitimation tacite, et qu'il devenait adultérin par cela même que le mari en acceptait la paternité. C'est là une vérité consacrée par l'art. 331, qui ne fait aucune différence entre les enfants adul-

térins nés avant le mariage, et ceux qui, nés pendant le mariage, sont adultérins par une conception antérieure. Qu'importe, en effet, l'époque de la naissance, quand l'origine est impure? Mais, du moins, l'enfant pourra repousser la reconnaissance tacite qui résulte du défaut de désaveu, de même qu'il aurait pu repousser une reconnaissance expresse (art. 335, Cod. civ.), et il sera considéré comme né d'un père inconnu et d'une mère libre.

Il faut également refuser la légitimation tacite à l'enfant qui naît pendant un mariage contracté avec des dispenses entre deux parents ou alliés, si la conception antérieure au mariage est aussi antérieure aux dispenses. Il n'y a de légitimité réelle et immédiate que pour l'enfant conçu pendant le mariage (art. 312, Cod. civ.); l'enfant conçu avant ne peut devenir légitime que par une légitimation. Or, si, à l'époque de la conception, il y a eu inceste, toute légitimation est impossible.

Peu importe qu'à l'époque de la conception les deux personnes qui ont entretenu un commerce intime aient ignoré leur parenté, ou que l'une d'elles ait caché à l'autre son mariage, et que, seule, elle ait sciemment commis l'adultère: l'enfant n'en est pas moins incestueux ou adultérin.

Peu importe encore que le mariage qui est intervenu ait été contracté de bonne foi, au moins par l'un des époux: comment un mariage putatif produirait-il des effets civils en faveur d'un enfant adultérin ou incestueux, lorsqu'un mariage valablement contracté entre deux personnes autrefois coupables

d'adultère, mais actuellement libres de s'unir, ne saurait enlever à l'enfant adultérin la qualité qu'il tient de sa conception ou de sa naissance ? La loi se préoccupe surtout de la tache originelle des enfants, elle veut qu'elle soit indélébile ?

Mais un mariage putatif peut-il légitimer des enfants qui doivent le jour à des relations libres autres que l'adultère ou l'inceste ?

Un homme, par exemple, devient père d'un enfant simplement naturel, il se marie avec une autre femme que la mère de celui-ci, puis il épouse la mère elle-même en lui cachant le premier mariage encore existant. La bonne foi de la mère suffira-t-elle pour faire admettre la légitimation ?

L'art. 202, Cod. civ., semble la proscrire. Il dit, en effet, que, dans le cas où la bonne foi existe de la part d'un seul des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants *issus du mariage*. Mais la loi, en prononçant sur le sort des enfants qui naîtraient du mariage, s'est préoccupée de l'hypothèse la plus ordinaire sans vouloir exclure ceux qui seraient nés à une époque antérieure. Où est le motif avoué par la saine raison pour refuser à ceux-ci le bienfait concédé aux autres ? Leur tache originelle est-elle indélébile comme celle des enfants adultérins ou incestueux ? La mère n'a-t-elle pas eu la pensée de les légitimer, et, en présence de sa bonne foi, comment la frustrer dans cette attente honorable ?

Quoi ! les enfants qui naîtront du mariage et qui, en fait, sont adultérins auront tous les droits atta-

chés à la légitimité, et on refusera ces droits aux enfants qui, nés auparavant, sont simplement naturels!

Je conçois très-bien que la bonne foi qui légitime les enfants conçus pendant un mariage incestueux ou adultérin, ne légitime pas les enfants de cette qualité nés ou conçus auparavant, et qu'isolant ainsi d'une faute accomplie le présent et l'avenir qui peuvent invoquer le prestige du mariage, la loi flétrisse irrévocablement dans les fruits du passé leur impureté réelle. Mais, dès qu'il s'agit d'enfants naturels qui seraient légitimés par un mariage valable, peut-on refuser d'attacher la légitimation à un mariage auquel la bonne foi de l'un des époux imprime une validité relative?

La loi exige (art. 331, Cod. civ.) comme condition essentielle de la légitimation que les enfants soient reconnus avant le mariage ou au moins dans l'acte même de célébration.

La sagesse de cette mesure est démontrée par ces paroles de M. Bigot-Préameneu, extraites de l'*exposé des motifs* : « Les enfants nés hors mariage n'ont point en leur faveur la présomption légale de leur naissance; ils n'ont qu'un témoignage : il doit être donné dans un temps non suspect. La loi ne peut laisser à des époux la faculté de s'attribuer des enfants par leur consentement mutuel. Les familles ne doivent pas être dans une continuelle incertitude. »

Ces paroles prouvent encore que les enfants naturels nés avant le mariage ont, seuls, besoin d'être

reconnus, pour jouir du bienfait de la légitimation. Ceux qui sont nés pendant le mariage, quoique conçus à une époque antérieure, sont tacitement légitimés dès que le mari ne les désavoue pas.

Enfin, les enfants naturels qui ont besoin d'être reconnus doivent l'être tout à la fois par le père et par la mère.

Néanmoins, si un enfant reconnu par son père seul recherche sa mère pendant le mariage et fait décider par les tribunaux qu'il est le fils de la femme actuelle de son père, cette reconnaissance forcée équivaudra à une reconnaissance volontaire que la mère aurait faite avant de se marier. En effet, elle sera déclarative d'un fait préexistant au mariage : elle émanera d'un tribunal, et protégée par les garanties dont la justice s'entoure avant de porter ses décisions, elle se présentera pure de toute fraude.

La légitimation peut avoir lieu même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants : elle profite alors à ces descendants (art. 332, Cod. civ.). « L'équité a prescrit cette mesure. La légitimation du père aurait eu sur le sort et sur la fortune de ses enfants une telle influence qu'elle ne saurait être regardée comme un bienfait qui lui soit personnel. C'est un chef de famille que la loi a voulu créer : si ce chef n'existe plus, ses descendants doivent être admis à le représenter » (exposé des motifs).

Les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient *nés de ce mariage* (art. 333, Cod. civ.).

Ainsi, la légitimation commence avec le mariage : elle ne rétroagit pas jusqu'au jour de la naissance ou de la conception.

Il résulte de ce principe que les enfants légitimés n'ont aucun droit sur la succession de leurs parents morts avant le mariage. Toutefois, cette exclusion absolue ne peut atteindre que les enfants naturels reconnus dans l'acte même de célébration du mariage : ceux qui ont été reconnus auparavant ont joui, jusqu'à l'époque de la légitimation, de tous les droits attachés à la reconnaissance.

L'exclusion s'applique à l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage et légitimé par le silence du mari (1).

Il faut conclure du principe de non-rétroactivité de la légitimation que les enfants légitimes, issus d'un mariage intermédiaire contracté par l'un des époux, conserveraient leur droit d'aînesse sur leurs frères nés avant eux et légitimés par un mariage postérieur ; enfin, que le père acquiert seulement, à partir du mariage, sur les biens des enfants légitimés, l'usufruit créé par l'art. 384, Cod. civ.

SECTION II. — *De la reconnaissance des enfants naturels.*

C'est un devoir, sans doute, pour un père et une mère, de légitimer leurs enfants naturels par un mariage subséquent. Mais des considérations de diverse nature sont souvent un obstacle à cette répa-

(1) Je reviendrai sur ce point au titre des *successions*.

ration alors même qu'elle est un besoin pour la conscience, et, bien plus, la mort du père ou de la mère peut la rendre impossible.

Privés du bienfait de la légitimation, les enfants naturels pourront au moins jouir des avantages attachés à une reconnaissance.

La reconnaissance est un aveu volontaire et quelquefois forcé de la paternité ou de la maternité.

Elle est loin, sans doute, d'assimiler les enfants naturels à des enfants légitimes, mais elle les tire d'une funeste obscurité; elle leur donne toujours un père et souvent une mère qu'ils n'avaient pas; elle leur attribue enfin sur les biens de ceux-ci des droits importants.

J'ai déjà dit, au titre du mariage, que les enfants naturels pouvaient réclamer des aliments au père et à la mère qui les avaient reconnus.

Quant à leurs droits héréditaires, je les développerai au titre des *successions* (art. 338 et 756, Cod. civ.).

La théorie actuelle de la loi se borne à la reconnaissance considérée en elle-même.

La reconnaissance est instituée en faveur des enfants naturels simples.

Elle ne peut avoir lieu au profit des enfants incestueux ou adultérins (art. 335, Cod. civ.). « La naissance d'un enfant, fruit de l'inceste ou de l'adultère, est une vraie calamité pour les mœurs; loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir. C'est

dans cette vue et dans cette intention qu'est conçu l'art. 335 qui déclare que la reconnaissance ne pourra avoir lieu pour les enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. Flétrir ainsi la violation du saint nœud du mariage, c'est l'honorer de la manière la plus utile. » (Lahary, rapport au tribunat).

Si donc un homme marié reconnaît un enfant né d'une mère ignorée, la reconnaissance sera considérée comme non avenue : elle est l'aveu d'un crime, et mieux vaut pour l'enfant le malheur de son obscurité que la honte d'une telle révélation.

Mais, si la mère, femme libre, reconnaît à son tour cet enfant, sa reconnaissance restant isolée par suite de l'anéantissement de la première donnera à l'enfant le simple caractère d'enfant naturel.

Si un enfant reconnu par une femme libre est ensuite reconnu par un homme marié, la première reconnaissance conserve sa validité, car la seconde seule proclame l'adultère.

Enfin, si une femme libre et un homme marié reconnaissent un enfant par le même acte, la reconnaissance de la mère doit être maintenue, car elle aurait pu avoir lieu isolément, et il faut effacer celle du père, parce que, même en l'isolant de l'autre, elle serait nulle.

L'application de la loi est moins facile quand il s'agit d'inceste.

Ainsi, un enfant est reconnu d'abord par un homme, puis par une parente de cet homme au degré prohibé; ou bien, la mère le reconnaît d'abord,

et le père le reconnaît plus tard ; ou bien, enfin, la reconnaissance est faite par l'un et par l'autre dans le même acte. Dans tous ces cas, on ne peut pas décider que les deux reconnaissances sont nulles, car prises isolément elles sont valables; c'est seulement la corrélation de l'une avec l'autre qui établit l'inceste.

Or, laquelle des deux faut-il écarter? Laquelle des deux faut-il maintenir? En d'autres termes, est-ce la paternité ou la maternité qui devra l'emporter?

Je ne saurais croire que la reconnaissance qui a eu lieu la première doive toujours être maintenue à l'exclusion de l'autre, car ce serait faire dépendre l'état de l'enfant de la priorité d'une date, et ce singulier moyen de sortir d'embarras serait d'ailleurs impuissant si les deux reconnaissances avaient été faites en même temps.

M. Duranton (n° 198 à 202) pense que la maternité doit toujours l'emporter. A ses yeux, la déclaration de la mère a un caractère de certitude que n'a pas celle du père : celui-ci peut s'être trompé sur le fait de la paternité; toute illusion est impossible de la part de la mère sur le fait de la maternité.

Ce système fort ingénieux ne me paraît pas résoudre complétement la difficulté.

Je conçois très-bien qu'en thèse générale l'erreur de la mère ne puisse pas même se supposer, mais l'arbitraire et le mensonge sont possibles. Or, si l'enfant est placé entre l'erreur possible du père et le mensonge possible de la mère, de quel droit enlèvera-t-on l'enfant au père pour le donner nécessairement à la mère?

Je crois qu'il est plus rationnel de se déterminer par l'intérêt de l'enfant, et de valider celle des deux reconnaissances qui lui offre le plus d'avantages. Il faut réserver, toutefois, aux parties ayant un intérêt né et actuel à contredire le choix de l'enfant, le droit de démontrer que la reconnaissance qu'il accepte a été dictée par une intention frauduleuse.

Il importe de remarquer maintenant que, si la loi repousse d'une manière absolue les reconnaissances volontaires qui révèlent l'adultère ou l'inceste, elle ne peut pas ne pas tenir pour certain l'inceste ou l'adultère révélé par la force même des choses.

Ainsi, les enfants nés d'un mariage incestueux ou du mariage d'un bigame dont la nullité a été prononcée, les enfants désavoués par le mari pour impossibilité physique de cohabition ou par suite du recel de leur naissance, ont évidemment la qualité indélébile d'enfants incestueux ou adultérins.

Cette dernière vérité m'amène à scruter plus profondément la véritable portée de la prohibition que consacre l'art. 335.

La reconnaissance volontaire d'un enfant adultérin ou incestueux, proscrite par cet article, est-elle tellement nulle que celui-ci n'ait pas même le droit de demander des aliments au père ou à la mère qui l'a reconnu?

Le doute s'élève en présence de l'art. 762, Cod. civ., ainsi conçu : « Les dispositions des art. 757 et 758 (qui déterminent les droits des enfants naturels simples sur la succession du père ou de la mère qui les a reconnus) ne sont pas applicables aux

enfants adultérins ou incestueux. *La loi ne leur accorde que des aliments.* »

Or, des auteurs prétendent qu'en vertu de l'art. 762 les enfants incestueux ou adultérins ont toujours droit à des aliments, et que l'art. 335 veut seulement dire que la reconnaissance ne leur attribuera aucuns droits héréditaires.

Je ne saurais admettre cette interprétation.

Elle conduit nécessairement à cette conséquence que l'un des deux articles dont il s'agit de découvrir la pensée est tout à fait inutile. En effet, à quoi sert l'art. 762 si l'art. 335 ne proscrit pas le droit aux aliments, et a pour but unique d'écarter les enfants adultérins ou incestueux de la succession de ceux qui les ont reconnus? Et puisque l'art. 762 les en repousse en termes exprès et les réduit à des aliments, à quoi sert l'art. 335?

Ce dernier texte renferme évidemment une pensée plus large, il ne peut pas ne pas vouloir anihiler d'une manière complète et dans tous ses effets la reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins : leur accorder néanmoins des aliments, c'est admettre précisément l'effet qu'il doit proscrire pour ne pas être une ridicule superfétation.

L'opinion vraiment logique est donc celle qui parvient à concilier les art. 335 et 762. Or, il est facile de donner au premier un sens absolu, et de laisser en même temps au second toute sa force.

Ainsi, l'art. 335 atteindra les reconnaissances spontanées; au contraire, l'art. 762 recevra son application dans les cas que j'indiquais tout à l'heure

et où la paternité et la maternité adultérines ou incestueuses peuvent être constantes indépendamment de toute reconnaissance volontaire. De cette manière on respecte la pensée de l'art. 335 qui a voulu rejeter dans l'ombre de honteuses révélations, et, par l'art. 762, on soustrait une classe exceptionnelle d'enfants incestueux ou adultérins à des rigueurs désormais inutiles.

Et ne voit-on pas que si l'enfant volontairement reconnu a le droit de s'adresser à la justice sous le prétexte qu'il veut uniquement obtenir des aliments, le scandale sera tout aussi flagrant que si ses prétentions étaient plus larges? Qu'importe, en effet, le cercle où il les renferme? Le crime est révélé et devient un outrage à la pudeur sociale.

Parlera-t-on d'obligation naturelle? Mais une telle obligation ne légitime pas une action civile.

Parlera-t-on d'obligation civile dans le cas où des aliments auraient éte stipulés dans l'acte même de reconnaissance? Mais une telle stipulation serait un moyen facile d'éluder la loi.

D'ailleurs, toute obligation, indirecte ou expresse, est également nulle aux yeux de la loi comme ayant une cause illicite; car sa cause, c'est la procréation avouée d'un enfant adultérin.

La jurisprudence a varié sur cette controverse. Je ne dissimule pas qu'elle a une tendance à accorder des secours alimentaires : c'est une tendance funeste qui prend sa source dans des sentiments de commisération permis à l'homme, mais que le magistrat devrait sévèrement s'interdire.

Elle trouve, au reste, sa condamnation dans ces paroles d'une haute philosophie prononcées, à propos de l'art. 335 lui-même, par le tribun Duveyrier au corps législatif : « La manifestation d'un désordre caché n'est jamais, pour l'intérêt social, compensée par la réparation d'un dommage individuel. »

Après avoir assis sur ces bases le principe de la reconnaissance, la loi en détermine la forme.

La reconnaissance sera faite, dit l'art. 334, Cod. civ., par acte authentique.

Elle peut être faite dans l'acte de naissance, selon le même article : au reste, l'acte de naissance a une pleine authenticité.

Il est certain qu'un père a le droit de reconnaître un enfant pendant la grossesse de la mère : la crainte d'une mort prochaine devrait même toujours lui imposer ce devoir de délicatesse.

La reconnaissance peut aussi avoir lieu après le décès de l'enfant, s'il a laissé une postérité : elle profite alors à celle-ci comme la légitimation (art. 332, Cod. civ.).

La loi exige un acte authentique parce qu'elle trouve dans la présence de l'officier public et des témoins une garantie contre la séduction et la surprise.

En disant qu'un enfant naturel peut être reconnu dans son acte de naissance, la loi fait clairement entendre que tout officier de l'état civil est compétent pour recevoir même une reconnaissance isolée.

En vertu du droit commun, une reconnaissance

peut, sans nul doute, être faite devant un notaire.

Il est généralement admis qu'elle peut être reçue par un juge de paix assisté de son greffier : il a même été jugé par la cour suprême qu'elle pouvait l'être par le greffier seul.

Néanmoins je ne saurais admettre d'autre compétence que celle des officiers de l'état civil et des notaires, l'une déterminée par un texte spécial, et l'autre par le droit commun. Avec un système contraire, il n'y aurait pas de raison pour ne pas déclarer valables les reconnaissances faites devant un magistrat de tribunal d'arrondissement ou devant un conseiller de cour royale. Dès qu'une limite est franchie, il n'y a plus rien de certain, et les opinions les plus bizarres peuvent se produire. N'a-t-on pas soutenu, en effet, qu'une reconnaissance pouvait avoir lieu même devant un commissaire de police?

Au reste, une reconnaissance ne doit pas être nécessairement faite dans un acte exprès; elle pourrait être très-valablement placée dans l'acte de mariage d'un enfant ou même dans son acte de décès, s'il a laissé une postérité; elle pourrait l'être, enfin, dans une transaction notariée, dans un testament public ou mystique, mais non pas dans un testament olographe, qui est un acte sous seing privé et qui n'imprime d'authenticité qu'à sa propre date.

La reconnaissance peut même résulter de termes simplement énonciatifs. Ainsi, elle peut s'induire d'un acte authentique dans lequel l'une des parties aura pris la qualité de fils de l'autre partie : l'essentiel est alors que l'intention de celle-ci d'accepter

le titre de père ne soit pas douteuse, et que nulle surprise n'ait été pratiquée.

La reconnaissance peut être faite par un procureur fondé : si elle a lieu devant un officier de l'état civil, la procuration doit être spéciale et authentique (art. 36, Cod. civ.).

Si elle a lieu devant un notaire, faut-il une procuration authentique?

Je crois que, même dans ce cas, il faut se conformer au vœu de l'art. 36, Cod. civ.

Il est vrai que, selon le droit commun, on peut se présenter devant un notaire en vertu d'une procuration sous seing privé; mais on ne peut nier qu'il s'agit ici d'un ordre de choses entièrement exceptionnel. D'ailleurs, si l'on s'obstine à appliquer le droit commun, il faut admettre qu'un enfant naturel peut être reconnu devant notaire en vertu d'une procuration générale, car l'art. 36, Cod. civ., n'exige une procuration spéciale que pour la validité de la reconnaissance faite devant l'officier de l'état civil. Or, la conséquence serait souverainement absurde. Ne voit-on pas, enfin, que si la loi cherche des garanties dans l'authenticité de la reconnaissance, elle doit désirer, dans tous les cas, l'authenticité de la procuration, puisque c'est à elle qu'il faut nécessairement remonter pour trouver la source et la base de l'aveu volontaire?

Une femme mariée peut reconnaître un enfant naturel sans l'autorisation de son mari. Il s'agit d'un fait dont elle est seule juge, il s'agit aussi de l'accomplissement d'un devoir qui réclame une pleine

liberté. D'ailleurs, la femme pourrait déférer à la justice le refus du mari : or, sur quelle base la justice s'appuierait-elle pour savoir si elle doit elle-même refuser ou accorder une autorisation?

Un mineur a aussi le droit de reconnaître, seul, un enfant naturel : les principaux motifs sont les mêmes. Mais il est évident qu'une telle reconnaissance pourra être annulée si elle est le fruit de la captation et de l'intrigue : bien plus, la minorité par elle-même devra la rendre suspecte.

Quand la reconnaissance n'est pas faite dans l'acte de naissance de l'enfant, le titre isolé qui la renferme doit être inscrit sur les registres de l'état civil, à sa date, et il doit en être fait mention en marge de l'acte de naissance, afin que l'on ne puisse plus délivrer d'extrait de celui-ci sans y rappeler la mention marginale (art. 62, Cod. civ., et 857, Cod. pr.). Ce n'est là qu'un conseil de la loi, qui ne peut même pas toujours être suivi immédiatement; car, si la reconnaissance est insérée dans un testament, elle reste nécessairement secrète jusqu'à la mort du testateur.

La reconnaissance faite par acte sous seing privé, ou par acte authentique, mais en vertu d'une procuration sous seing privé, ne saurait conférer à l'enfant le titre et les droits d'enfant naturel.

Mais ne l'autorise-t-elle pas au moins à réclamer des aliments?

Sur ce point très-controversé, l'on dit que la reconnaissance constate le fait de la paternité ou de la maternité, puisqu'elle renferme un aveu exprès.

L'on ajoute que le vice de forme doit, sans doute, priver l'enfant du droit de porter le nom du père ou de la mère qui l'a reconnu, et de réclamer aucune part dans leur succession, mais que le fait dépouillé de ses conséquences légales n'en conserve pas moins son caractère de certitude dans l'ordre matériel. l'on prétend, dès lors, qu'en présence des rapports matériellement certains qui existent entre l'enfant reconnu et les auteurs de ses jours, cet enfant peut réclamer de simples secours alimentaires au nom de cette grande loi de la nature : un homme est né, il faut qu'il vive; ceux qui lui ont donné l'existence doivent lui donner du pain.

Il est facile de répondre, avec raison, que la question n'est pas de savoir si un père ou une mère doit nourrir son enfant, mais à quel titre on reconnaîtra le père ou la mère. Or, pour les enfants légitimes, le père et la mère sont démontrés par le mariage : pour les enfants naturels, il n'y a, en règle générale, point de père, point de mère, sans un aveu volontaire révélé par un acte authentique. La loi ne dit pas que la reconnaissance de l'enfant devra être faite par acte authentique, pour qu'il puisse réclamer un jour des droits héréditaires : elle impose l'obligation d'un tel acte d'une manière absolue, elle en fait donc la base nécessaire de toute prétention, quelle qu'elle soit. Et ne voit-on pas que la filiation est essentiellement indivisible? Si elle est prouvée, les enfants naturels doivent jouir de tous les droits attachés à ce titre; si elle ne l'est pas, ils ne peuvent en réclamer aucun.

Enfin, la loi exige l'authenticité de la reconnais-

sance pour avoir une garantie contre la surprise et l'intrigue : or, son esprit serait violé et son vœu méconnu, alors même que le seul effet de l'acte sous seing privé serait d'attribuer le droit de réclamer des aliments, puisque la reconnaissance renfermée dans un tel acte pourrait encore être le produit de l'une des causes dont la loi même se défie.

Je ne saurais croire avec M. Duranton, n° 230, que la solution dût être différente dans le cas où l'acte contiendrait l'obligation expresse de payer des aliments. Avec ce système de tolérance il serait facile d'éluder la loi, car il suffirait d'exprimer formellement une conséquence qu'elle ne permet pas de sous-entendre. D'ailleurs, quelles seraient la source et la base d'une telle obligation ? La reconnaissance. Or, celle-ci n'est pas valable dès qu'elle n'est pas revêtue d'une forme régulière : comment donc laisser subsister l'effet quand sa cause unique disparaît et s'efface ?

M. Duranton avoue lui-même qu'à défaut de stipulation expresse la reconnaissance ne saurait renfermer l'obligation virtuelle de fournir des aliments, parce que l'enfant *n'est pas valablement reconnu*, et qu'il n'y a pas d'effet sans cause : mais, quand des aliments ont été stipulés, l'enfant est-il mieux reconnu ? Et parce que l'obligation est exprimée au lieu d'être virtuelle, est-il donc plus logique et moins singulier de supposer un effet après avoir nié la cause?

Pour être conséquent avec moi-même, je décide encore que, si la reconnaissance est faite dans un tes-

tament olographe qui renferme des libéralités au profit de l'enfant reconnu, ces libéralités ne peuvent pas être isolées du motif qui les a provoquées, et qu'elles doivent disparaître avec lui.

Enfin, je crois que, s'il s'agit de la reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin, faite même par un testament authentique, la nullité de la reconnaissance qui, alors, est défendue en elle-même, entraîne celle de toute espèce de libéralité. Ici, encore, c'est l'effet qui périt avec la cause.

En vain voudrait-on isoler ce qui est inséparable, et fonder la capacité de l'enfant sur la nullité même de la reconnaissance : raisonner ainsi, ce serait faire complaisamment abstraction de la cause pour avoir le droit commode de prétendre que la conséquence est valable.

Il y a plus : si l'on veut arbitrairement laisser subsister au moins l'aveu matériel de la paternité ou de la maternité, les legs se rattachant d'une manière intime à un fait qui offense la morale publique ont une cause contraire aux bonnes mœurs. Envisagés sous ce nouveau point de vue, ils sont atteints dans leur essence même.

Il importe, désormais, de considérer plus particulièrement la portée d'une reconnaissance volontaire.

La reconnaissance ne peut engager que la personne de qui elle émane.

Ainsi, la reconnaissance du père sans *l'indication et l'aveu de la mère* n'a d'effet qu'à l'égard du père (art. 336, Cod. civ.).

Cette disposition a pour but de protéger les femmes contre des révélations arbitraires.

Il en résulte que la reconnaissance du père ne saurait produire aucun effet contre une femme indiquée *sans son aveu;* mais il faut aussi en conclure que, lorsqu'il y a reconnaissance du père et indication de la mère, consignées dans un acte authentique, l'*aveu* de la mère suffit pour que désormais la reconnaissance produise à son égard tous ses effets légaux.

Or, il ne faut pas confondre cet aveu avec une reconnaissance isolée et directe. Celle-ci doit être faite dans la forme déterminée par la loi; au contraire, la loi ne prescrit, pour la validité de l'aveu, aucune forme particulière. L'une, en effet, puise en elle-même toute sa valeur; l'autre n'est que le complément de la reconnaissance du père, il s'identifie avec elle, il participe à sa propre authenticité.

Ces vérités reçoivent également leur application lorsque la mère, en reconnaissant un enfant, dans un acte authentique, indique un père sans son aveu. Alors, encore, l'indication du père sera impuissante, mais un simple aveu de celui-ci complétera l'indication faite par la mère.

Il y a un cas où un enfant ne pourrait pas se prévaloir de la reconnaissance du père ou de la mère.

L'art. 337, Cod. civ., le prévoit en ces termes: « La reconnaissance faite *pendant le mariage* par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, *avant son mariage, d'un autre que de son époux*,

ne pourra nuire ni à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage. Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. »

Ainsi, la loi ne permet pas que l'un des époux viole la foi sous laquelle le mariage a été contracté, et change à son gré le sort de la famille légitime, en appelant dans son sein des enfants étrangers.

Une telle reconnaissance n'enlève donc rien aux droits des enfants nés du mariage ou légitimés par le mariage même.

Elle ne modifie pas non plus les droits de l'autre époux, quoiqu'à la dissolution du mariage il n'en reste pas d'enfants.

Si cet époux est donataire ou légataire de son conjoint, aucune réduction ne pourra avoir lieu au profit de l'enfant reconnu. Bien plus, cet époux, s'il survit, sera appelé, malgré l'enfant et à défaut de parents (art. 767, Cod. civ.), à recueillir toute la succession du conjoint prédécédé.

Mais la reconnaissance peut être invoquée par l'enfant contre les collatéraux et les ascendants : alors elle ne viole pas la foi promise.

Elle peut l'être aussi contre les enfants nés d'un mariage antérieur ou postérieur, quoiqu'il existe des enfants du mariage pendant lequel elle a eu lieu. M. Duranton le fait ainsi remarquer avec beaucoup de raison, nº 251, et il ajoute qu'alors le partage de la succession se fera entre les enfants légitimes des différents lits comme si l'enfant naturel n'existait pas; puis, sur la part de biens attribuée aux enfants

du mariage antérieur ou postérieur, l'enfant reconnu aura la quotité que la loi lui assigne, au titre des *successions*, et qui se déterminera eu égard au nombre d'enfants légitimes issus des divers mariages. De cette manière, les enfants nés du mariage pendant lequel la reconnaissance a eu lieu ne perdront rien, et tous les enfants légitimes concourront pour diminuer la part de l'enfant naturel.

La reconnaissance faite pendant le mariage attribue à son auteur la puissance paternelle sur la personne de l'enfant. Ce genre d'efficacité ne saurait être contesté, car il ne nuit à personne.

Mais il me paraît difficile d'admettre que l'enfant puisse réclamer au moins des aliments au père ou à la mère qui l'a reconnu. L'art. 337 est formel : il ne se prête à aucune distinction. Il ne veut pas que la reconnaissance *puisse nuire* à la famille légitime. Or, dans le système que je repousse, elle lui porterait un grave préjudice, puisqu'en ajoutant à ses charges présentes elle altérerait, pour elle, les sources mêmes de l'avenir.

L'art. 337 parle textuellement de la reconnaissance faite *pendant* le mariage; il ne peut donc pas s'appliquer à l'enfant reconnu par l'un des époux *avant* le mariage. Peu importe que son existence ait été cachée à l'autre époux. L'enfant a acquis des droits en vertu de la reconnaissance qui a été faite à une époque où la loi ne la défendait pas : nul ordre de choses postérieur ne saurait, sans iniquité, y porter atteinte.

Cet article ne s'applique pas non plus à l'enfant

reconnu *après la dissolution du mariage*. Comment, par exemple, pourrait-il être défendu au mari survivant de reconnaître un enfant à une époque où il lui est permis de le légitimer en épousant sa mère?

Enfin, l'art. 337 est inapplicable dans le cas où deux époux reconnaissent un enfant né avant leur mariage comme leur appartenant à l'un et à l'autre. Il ne s'agit plus, en effet, d'une reconnaissance solitaire arbitrairement imposée à la famille légitime, blessant un époux dans ses susceptibilités personnelles, dans ses affections pour les enfants, violant des droits acquis ou trompant des espérances permises, mais d'un aveu libre et simultané du père et de la mère à qui appartiennent les destinées du ménage. L'enfant, sans doute, ne sera pas légitimé, mais il aura tous les droits d'enfant naturel reconnu, alors même qu'il existerait des enfants issus de l'union légitime (1).

Une reconnaissance étant un fait essentiellement arbitraire ne saurait créer un ordre de choses indélébile.

Toute reconnaissance peut donc être contestée par ceux qui y ont intérêt (art. 339, Cod. civ.).

L'intérêt de l'enfant reconnu est toujours né et actuel. Il s'agit pour lui de reconquérir son obscurité et sa liberté : il a, certes, bien le droit de les pré-

(1) On verra, dans l'instant, d'autres hypothèses auxquelles l'art. 337 est étranger.

férer à une position qui peut n'être qu'un mensonge et une source d'obligations onéreuses.

L'enfant peut également contester la reconnaissance qui a servi de base à sa légitimation, et répudier ainsi la légitimation elle-même. Alors surtout, la reconnaissance peut devenir féconde en avantages pour les deux époux, et, au lieu d'être l'aveu d'un fait sincère, n'avoir été dictée que par un sordide calcul.

Le père d'un enfant naturel a toujours le droit de contester la reconnaissance faite par une femme qui se prétend sa mère. Pendant la vie de l'enfant, il a un intérêt moral à repousser un aveu qui rattache nécessairement à lui celle qui peut-être lui fut toujours inconnue. Après la mort de l'enfant, il peut avoir, en outre, intérêt à recueillir seul sa succession.

La mère d'un enfant naturel peut également contester la reconnaissance faite par un homme qui se prétend son père : son droit se fonde sur les mêmes motifs.

Ceux qui sont appelés à recueillir les biens de l'auteur d'une reconnaissance peuvent évidemment la contester ; mais leur droit ne commence qu'avec leur intérêt, c'est-à-dire à l'ouverture de la succession.

Dans tous les cas, celui qui conteste une reconnaissance ne doit pas se borner à dénier la paternité ou la maternité : il est nécessaire qu'il établisse leur fausseté. Pour atteindre ce but, il sera réduit à invoquer des faits, des circonstances, des probabilités

qui, par la force même des choses, sont abandonnés à la libre appréciation des magistrats.

Il peut arriver qu'un enfant soit reconnu par plusieurs pères ou par plusieurs mères. Chaque reconnaissance peut être contestée ; mais ce n'est pas la première qui doit nécessairement être maintenue. La priorité d'une date ne saurait consacrer une préférence logique. Il faudra donc chercher la vérité dans les circonstances, et, toutes choses égales, se déterminer par l'intérêt de l'enfant.

J'ai fait pressentir que la reconnaissance pouvait être forcée; ce nouvel ordre d'idées complète la théorie de la loi.

La reconnaissance forcée est celle qui résulte d'une décision judiciaire.

A cet égard, la loi admet une différence grave entre la paternité et la maternité.

La recherche de la paternité est interdite, dit l'art. 340 : la recherche de la maternité est admise, dit, au contraire, l'art. 341, Cod. civ.

La paternité est un fait mystérieux ; la maternité est un fait matériel. La loi ne pouvait, sans abus, permettre la preuve du premier; elle ne pouvait, sans iniquité, défendre la preuve du second.

Un enfant n'a donc pas le droit de rechercher son père naturel; la paternité naturelle ne saurait pas non plus être recherchée contre lui. Le principe est absolu. Par quels moyens, en effet, la paternité pourrait-elle être prouvée contre l'enfant d'une manière plus sûre qu'en sa faveur ?

Ainsi, des héritiers ne seraient pas admis à prouver que celui à qui le défunt a fait des libéralités est son enfant illégitime: des libéralités sont toujours censées faites à un étranger, lorsque la paternité est inconnue.

La recherche de la paternité est admise, par exception, dans le cas d'enlèvement. Lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception, le ravisseur peut être, *sur la demande des parties intéressées*, déclaré père de l'enfant (art. 340, Cod. civ.).

« Cette exception, a dit le tribun Duveyrier dans son discours au corps législatif, est la conséquence d'un crime et d'un crime prouvé. Il n'y a point de mariage, il n'y a point de cohabitation publique, mais il y a cohabitation forcée. La violence de l'un, l'oppression de l'autre, suppléent au consentement authentique et mutuel. La paternité ne se décèle encore que par des indices et des conjectures; mais les conjectures et les indices se rassemblent tous sur un seul et sur un homme criminel. La réparation est due à la victime, et le châtiment au coupable.

» Cependant, malgré ces motifs si puissants, la législation restera toujours fidèle au principe fondamental qui la dirige. Ni la preuve de l'enlèvement, ni la coïncidence de son époque avec celle de la conception ne suffiront pour constater la paternité encore incertaine. Elles suffiront seulement pour autoriser le juge à chercher sa conviction dans tous les rapports, dans toutes les circonstances, dans tous les faits qui ont précédé et suivi le crime.»

Il faut ajouter à l'exception de l'enlèvement celle du viol. L'analogie est évidente.

Je crois que, dans ces deux cas, il est permis de rechercher la paternité contre l'enfant. La loi ne dit pas que c'est en faveur de l'enfant seul qu'elle déroge au principe qui en interdit la recherche : elle proclame un droit exceptionnel, elle l'accorde *aux parties intéressées*, sans faire aucune distinction. Dès que la paternité cesse d'être entourée de mystère, et que désormais il est possible de la démontrer, pourquoi refuserait-on aux héritiers du défunt la faculté qui est donnée à l'enfant? Celui-ci réclame son titre pour y puiser des droits, ceux-là cherchent la lumière pour empêcher les résultats d'une commode obscurité : l'un veut s'enrichir, les autres veulent ne pas être dépouillés : où est la différence logique des positions? Et, dans tous les cas, ne s'agit-il pas du triomphe de la vérité?

Je crois encore que la paternité peut être recherchée par l'enfant, même pendant le mariage contracté par le ravisseur avec une autre femme que celle qu'il a enlevée. L'art. 337, qui proscrit les reconnaissances faites pendant le mariage au profit d'un enfant qui n'appartient pas aux deux époux, n'est applicable qu'aux reconnaissances volontaires, parce que seules elles peuvent être le résultat de la fraude ou d'une intention perfide. Il ne saurait être étendu aux reconnaissances forcées qui, selon l'observation que j'ai déjà faite, sont déclaratives d'un fait dont la justice, entourée de libres garanties, proclame la sincérité.

Mais, à aucune époque et sous aucun prétexte, la recherche exceptionnelle de la paternité n'est admise lorsqu'elle tendrait à révéler un inceste ou un adultère (art. 342, Cod. civ.).

La recherche de la maternité étant admise, comment un enfant pourra-t-il la prouver?

J'ai démontré, en parlant des actes de naissance, que ces actes régulièrement inscrits sur les registres de l'état civil faisaient foi, jusqu'à inscription de faux, de la maternité naturelle déclarée par les personnes présentes à l'accouchement et accomplissant, par leur déclaration même, la mission qu'elles tiennent de la loi. Il ne reste plus à l'enfant qu'à prouver son identité, et, aussi bien qu'un enfant légitime, il pourra faire cette preuve par témoins ou par des présomptions.

A défaut d'acte de naissance, la possession d'état qui, par la nature même des éléments dont elle se compose, forme, dans la société des hommes, le plus puissant des titres, est une démonstration de la maternité naturelle, à moins qu'il ne soit établi que les soins donnés à l'enfant ont été purement mercenaires.

A défaut de titre ou de possession d'état, l'enfant naturel a pour unique ressource celle qui lui est offerte par l'art. 341, Cod. civ., ainsi conçu : « L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver *qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée*. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. »

On a beaucoup discuté sur le sens de cet article. On y découvre cependant, par l'analyse, une pensée bien formelle.

Ainsi, l'enfant doit prouver son identité : pour faire cette démonstration, il doit avoir un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire que son identité doit être rendue vraisemblable par des éléments écrits. Or, la vraisemblance de l'identité de l'enfant et la vraisemblance de l'accouchement de la mère sont inséparables. Dès qu'il paraît qu'un enfant appartient à une femme, il paraît nécessairement que cette femme a été mère. En exigeant un commencement de preuve de l'identité, la loi exige donc d'une manière implicite un commencement de preuve de l'accouchement; les témoignages qu'il est permis à l'enfant d'invoquer pour compléter la démonstration devront se porter sur les deux faits se confondant en un seul. Les témoins, en d'autres termes, devront affirmer qu'ils ont vu naître un enfant, et que cet enfant est celui qui aujourd'hui réclame sa mère.

Les auteurs qui ont prétendu que le fait de l'accouchement devait être prouvé par écrit, et ceux qui ont pensé, au contraire, qu'il pouvait être prouvé par témoins, se sont donc égarés dans une fausse voie, en isolant l'accouchement de l'identité. L'identité est un fait complexe. En laissant à ce fait sa véritable nature, la doctrine de la loi est fort simple: toute distinction est irrationnelle et devient une source de disputes arbitraires.

Il importe de remarquer que les enfants naturels qui réclament leur mère ont moins de latitude que

les enfants légitimes. En effet, ceux-ci peuvent prouver leur filiation par témoins, non-seulement quand il existe en leur faveur un commencement de preuve par écrit, mais encore quand la vraisemblance réside dans de simples présomptions ou indices (art. 323, Cod. civ.). Cette différence est éminemment sage. Il fallait craindre d'exposer trop facilement une fille vertueuse à des recherches indiscrètes ou malveillantes. Au contraire, on révèle une fécondité honorable en demandant à prouver qu'une femme est devenue mère pendant son mariage : il suffisait donc, dans ce cas, pour empêcher un étranger de s'introduire arbitrairement dans une famille, d'exiger une vraisemblance acquise, mais il n'était pas nécessaire d'en restreindre aussi sévèrement les sources.

La filiation naturelle, comme la filiation légitime, ne peut être recherchée que devant les tribunaux civils. Le principe qui ne veut pas que la filiation légitime puisse être d'abord l'objet d'un débat criminel a été inspiré par de justes défiances; comment donc ne s'appliquerait-il pas à la filiation naturelle qui est loin de mériter les faveurs de la loi?

Je crois aussi que l'action qui appartient à l'enfant naturel est imprescriptible à son égard, et qu'elle passe à ses héritiers, selon le principe et les distinctions admises à l'égard de la filiation légitime. Les raisons sont absolument identiques.

Enfin, j'ai démontré que, dans les cas exceptionnels où la recherche de la paternité était permise, elle pouvait avoir lieu contre l'enfant. Or, cette doctrine s'applique, à plus forte raison, à la recherche

de la maternité qui est admise en règle générale, sous la seule condition qu'il y ait un commencement de preuve par écrit.

Au reste, la maternité adultérine ou incestueuse ne peut jamais être recherchée (art. 342, Cod. civ.). « Cette exception à la règle, a dit le tribun Duveyrier, est commandée par un devoir plus saint et plus utile que la règle elle-même, le maintien de l'honnêteté publique et des bonnes mœurs, si nécessaire au maintien des bonnes lois (discours au corps législatif). »

TITRE VIII.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

L'ADOPTION est un contrat solennel, sanctionné par l'autorité judiciaire, qui établit entre deux individus des rapports de paternité et de filiation purement civiles.

Le but de l'adoption est de consoler par une paternité fictive ceux qui sont privés des douceurs d'une paternité réelle.

Considérée en elle-même l'adoption est une institution morale, car elle est une source de rapports auxquels préside la bienfaisance. « Admettez l'adoption, a dit M. Berlier dans l'*exposé des motifs*, et vous verrez les citoyens se choisir de leur vivant, et pour leur vieillesse, un appui dans cette classe nombreuse d'enfants peu fortunés, qui, à leur tour, payeront d'une éternelle reconnaissance le bienfait de leur éducation et de leur état. Le bien se fera pendant la vie de l'adoptant; il en recueillera lui-même les fruits, et s'il y a au delà de sa vie des avantages réservés à l'adopté, l'adoptant aura élevé un citoyen pour l'état, avant de s'être donné un héritier à lui-même. »

Après avoir également prouvé, dans son discours au corps législatif, que l'adoption était une institution morale, le tribun Gary ajoutait ces nobles paroles : « J'ai prouvé par là même que c'est une institution politique; car, dans l'action qu'une nation exerce sur elle-même par ses propres lois, tout ce qui est moral est politique. »

Répondant ensuite à ceux qui, se fondant sur la latitude laissée à chacun de disposer de ses biens, accusaient l'adoption d'être inutile, il s'exprimait ainsi : « Les auteurs d'une pareille objection n'aperçoivent dans l'adoption que de l'argent donné et reçu. Ils comparent ces longues années de soins et de secours qui ont dû la précéder à cet instant fugitif où, le plus souvent, on donne à regret ce qu'on ne peut plus conserver. Il s'agit bien de donner de l'argent ! ce sont les soins, les affections, c'est le cœur, c'est soi-même enfin qu'il faut donner, et voilà tout ce que donne le père adoptif. Il s'identifie en quelque sorte avec celui qu'il appelle son fils; il attache sa gloire à la sienne, son bonheur à ses succès; il garantit à la société sa bonne conduite et sa vertu. »

Toutefois, comme si, dans les institutions le mieux conçues, le mal devait nécessairement se placer à côté du bien pour attester l'impuissance de l'homme, il est certain que l'adoption en elle-même peut devenir funeste à la société en conviant les citoyens au célibat et même en permettant de couvrir d'un voile honorable des combinaisons criminelles.

Aussi, les efforts de la loi, dans la théorie qui va

être développée, tendent-ils sans cesse, en consacrant les avantages de l'adoption, à conjurer ses dangers.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

SECTION Ire. — *De l'adoption et de ses effets.*

La faculté d'adopter appartient aux personnes des deux sexes.

Elle appartient aux personnes mariées aussi bien qu'aux célibataires.

La personne qui veut adopter ne doit avoir, à l'époque de l'adoption, ni enfants ni descendants légitimes (art. 343, Cod. civ.).

Des enfants naturels ou adoptifs ne sont donc pas un obstacle à l'adoption. Une postérité légitime mérite seule des soins sans réserve et une affection sans partage.

La survenance d'enfants légitimes ne révoque pas l'adoption, à moins que ces enfants étant nés, au plus tard, le trois centième jour après et y compris celui du contrat, ne fussent déjà conçus au moment où le contrat a été passé.

Si l'adoptant se marie postérieurement au contrat d'adoption et qu'il légitime par son mariage des enfants naturels conçus antérieurement, l'adoption subsiste : la légitimation n'a point d'effet rétroactif, elle commence seulement avec le mariage qui la produit.

Il en est de même si un enfant naît avant le cent quatre-vingtième jour d'un mariage postérieur à l'adoption, quoiqu'il ait été conçu antérieurement à celle-ci. Cet enfant, en effet, est tacitement légitimé.

La personne qui veut adopter doit avoir cinquante ans révolus : à cet âge, il est sinon impossible, du moins peu probable qu'elle ait des enfants : d'ailleurs, selon l'expression de l'*exposé des motifs*, elle a passé l'époque où la société invite au mariage.

L'adoptant, enfin, doit avoir quinze ans de plus que l'adopté (art. 343, Cod. civ.) : « Sans cette condition, la protection légale qui doit résulter de l'adoption perdrait toute sa dignité. » (1)

(1) J'emprunte ces paroles pleines de vérité et d'élévation à l'*exposé des motifs*.

Au lieu de donner à la loi cette explication irrécusable, tous les auteurs disent que l'adoption est un acte qui imite la nature, et que, dès lors, l'adoptant doit être plus âgé que l'adopté, afin que la fiction soit en harmonie avec la réalité. M. Duranton, n° 280, cite même ce passage des institutes : *adoptio naturam imitatur, et pro monstro est ut major sit filius quàm pater.* M. Duranton prend ensuite la peine de justifier le Code civil de n'avoir pas exigé que l'adoptant qui ne peut se marier qu'à dix-huit ans eût, en effet, dix-huit ans de plus que l'adopté.

Ainsi, le véritable motif de la loi est méconnu, et l'on met à sa place une considération entièrement secondaire.

Cet exemple prouve qu'il y a du danger à vouloir, sans cesse, chercher dans le passé la raison du présent. Des institutions qui portent le même nom peuvent n'avoir ni le même but ni la même base. Chaque législation a sa raison relative : la raison universelle est seule de tous les temps. Or, chez les Romains, l'adoption plus politique que civile, et basée sur un esprit qui rattachait toutes les institutions sociales à la force de l'organisation domestique, transmettait, en règle générale, tous les avantages de famille, la puissance paternelle, les droits de filiation et d'hérédité : elle opérait, en un mot, le changement d'état le plus

Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par *deux époux* (art. 344, Cod. civ.).

Sans doute, dans l'ordre de la nature, nul ne peut avoir plusieurs pères ou plusieurs mères; mais ce motif banal ne suffit pas, car il ne saurait s'appliquer au cas où un enfant serait adopté par un homme et par une femme. Cependant, cette double adoption est prohibée si cet homme et cette femme ne sont pas *deux époux*. La loi a donc, ici, un autre but : elle n'a pas voulu que deux personnes non mariées pussent espérer jamais de réunir leurs affections sur une même tête par une double adoption calculée d'avance, et accaparer ainsi pour l'enfant adoptif le bienfait de la légitimité en déshéritant la société d'un mariage.

Si l'adoptant est marié, il doit nécessairement obtenir le consentement de son conjoint (art. 344, Cod. civ.).

D'impérieuses convenances le veulent ainsi. Au

absolu. Aussi l'adoptant devait-il avoir de plus que l'adopté la pleine puberté, c'est-à-dire 18 ans accomplis : et dans tout le système d'adoption de ce peuple, on retrouve le désir de donner sans cesse à l'image les traits du modèle. Mais, chez nous, l'adoption est surtout un contrat de bienfaisance, une institution morale qui lie plus étroitement un protégé à son protecteur : c'est donc par ce caractère particulier qu'il faut en expliquer les détails.

Combien il serait à désirer qu'à côté des livres fort recommandables qui renferment la patiente décomposition des textes du droit romain, il en parût enfin un qui, inspiré par une pensée philosophique, révélât principalement les rapports de ce droit avec le droit actuel, signalât leurs différences et empêchât plus d'une fâcheuse méprise ! Combien cette tendance imprimée à l'étude des lois romaines la rendrait plus intéressante et ajouterait à son utilité !

reste, le conjoint qui consent à l'adoption n'adopte pas, et ne s'impose aucune obligation.

L'on ne peut adopter que celui à qui l'on a, *dans sa minorité*, pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus (art. 345, Cod. civ.).

La loi ne devait pas permettre que l'adoption pût être le fruit d'une exaltation capricieuse, et devenir ainsi la source de stériles regrets. « Préparée par la bienfaisance, elle sera scellée par la sympathie (*exposé des motifs*). »

Si un individu a sauvé la vie à son semblable, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots, la loi se montre moins sévère dans les conditions qu'elle impose. Il suffit que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes, et, s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption (art. 345, Cod. civ.).

Il faut évidemment assimiler aux hypothèses que je viens d'indiquer toutes celles où un individu, en exposant sa vie, sauve celle d'un autre. La loi a voulu encourager les grandes actions ; or, il serait bizarre que des actions également belles ne pussent pas toutes obtenir la même récompense.

L'adoption, qu'elle soit ordinaire ou rémunératoire, ne peut avoir lieu avant la majorité de l'adopté (art. 346, Cod. civ.).

En effet, l'adoption, comme tout autre contrat, nécessite le consentement libre des deux personnes qu'elle rapproche.

Mais forcée de ne faire concourir au contrat que

des majeurs, la loi conserve à l'adoption ordinaire son idée fondamentale qui est l'intérêt de l'enfance, en exigeant, comme je l'ai dit, des secours fournis à l'adopté pendant qu'il était mineur.

Si l'adopté a son père et sa mère, et qu'il n'ait pas accompli sa vingt-cinquième année, il doit obtenir le consentement de l'un et de l'autre.

Le consentement du père ne suffit pas comme dans le mariage, car l'adoption ne mérite pas la même faveur : bien plus, la loi exige le double consentement jusqu'à vingt-cinq ans pour les deux sexes.

Si le père ou la mère est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

Lorsqu'il n'y a ni père ni mère, la loi n'exige pas le consentement des aïeuls et aïeules : l'adoption étant loin d'exercer la même influence que le mariage sur les destinées des enfants, c'était assez d'exiger d'eux un hommage envers les auteurs directs de leurs jours.

C'est par le même motif qu'après vingt-cinq ans ils ne doivent demander le conseil de leur père et de leur mère qu'une fois, par un acte respectueux.

Il est évident qu'ils n'ont jamais besoin de demander le conseil des ascendants supérieurs.

Il est évident encore, malgré le silence de la loi, que l'acte respectueux doit être notifié dans la forme prescrite au titre du mariage, et que le contrat d'adoption ne peut être passé qu'après un intervalle d'un mois (art. 346, Cod. civ., analysé).

Il est conforme aux principes que l'adoption faite

au profit d'une femme mariée soit, comme tout autre contrat qui concerne celle-ci, autorisée par le mari ou par la justice. Cela est d'autant plus vrai que l'adoption est un contrat plus solennel et plus important.

D'ailleurs, l'adoption renferme une aliénation indirecte ; car, ainsi qu'on le verra, elle soumet l'adopté à fournir des aliments à l'adoptant.

L'autorisation du mari est tellement nécessaire que, si l'adoption n'a lieu qu'avec l'autorisation de la justice, les biens de la communauté, selon la remarque très-juste de M. Duranton, n° 293, ne seront pas affectés de l'obligation de fournir ces aliments.

Quant au mari, il n'a pas besoin du consentement de sa femme pour être adopté : la loi ne l'exige pas, et rien, dans les principes généraux, ne saurait appuyer une solution contraire.

L'adoption ne fait pas sortir l'adopté de sa famille naturelle : elle ne le fait entrer que d'une manière très-incomplète dans la famille de l'adoptant.

La loi, à cet égard, concilie sagement les exigences d'une position nouvelle avec le respect dû à des liens inviolables.

Ainsi, l'adopté conserve son nom propre : il doit seulement y joindre le nom propre de l'adoptant (art. 347, Cod. civ.).

Si l'adoption est faite par une femme mariée, le nom que l'adopté doit joindre au sien est évidemment le nom personnel de celle-ci.

L'adopté conserve également tous ses droits dans

sa famille naturelle, et il y reste soumis à tous ses devoirs (art. 348, Cod. civ.).

L'obligation naturelle de l'adopté et de ses père et mère, de se fournir des aliments, subsiste donc dans toute sa force.

La loi la rappelle pour la rendre commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre (art. 349, Cod. civ.).

Ainsi le commandent la morale et le titre qui les unit.

Cette obligation est même la seule que l'adopté contracte envers l'adoptant : aucune loi ne lui impose des devoirs plus étendus.

Toutefois, la loi pénale qualifie de parricide le meurtre commis par l'adopté sur son père adoptif (art. 299 et 13, Cod. pén. Voyez aussi art. 323, 312 et 317 du même Code).

Le mariage est prohibé entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants.

La loi ne distingue pas entre les descendants légitimes et naturels.

Le mariage est encore prohibé entre les enfants adoptifs *du même individu*.

Il est donc permis entre les enfants adoptés isolément par un mari et une femme.

Enfin, le mariage est prohibé entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant, entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (art. 348, Cod. civ.).

M. Berlier, dans l'*exposé des motifs*, justifie ainsi

les diverses prohibitions de la loi : « L'affinité morale établie par l'adoption entre les personnes qui viennent d'être indiquées et les rapports physiques que la cohabitation fait naître entre elles prescrivaient de ne point offrir d'aliment à leurs passions par l'espoir du mariage. »

M. Duranton, n° 291, pense que le même individu ne pourrait pas adopter deux époux : ils deviendraient, dit-il, frère et sœur par adoption, et le mariage qui serait interdit entre eux, s'ils étaient déjà adoptés, est, par la même raison, un obstacle à l'adoption.

Cette opinion est contraire à la saine logique. On conçoit, en effet, que des liens existants, cause de fréquentations pleines de dangers, soient un obstacle au mariage, mais il n'en résulte pas que ces liens ne puissent pas prendre naissance quand le mariage existe.

Il faut remarquer que la loi ne prohibe pas le mariage entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant.

M. Duranton, au titre du mariage, n° 173, critique ce silence de la loi. C'est bien à tort, ce me semble. Ne voit-on pas, en effet, que la différence d'âge rendra pour ainsi dire impossible l'union de ces personnes ?

L'art. 348 ne prononce pas la nullité des mariages contractés contrairement aux prohibitions qu'il renferme. Ce n'est pas une omission. Il ne s'agit pas, en effet, de créer une nullité indépendante de celles qui sont écrites au titre du mariage. La loi

applique au cas de la parenté adoptive des prohibitions analogues à celles qui sont fondées sur la parenté naturelle : elles sont toutes placées à l'abri de la même sanction.

L'adopté ne doit point d'aliments aux parents de l'adoptant, et il ne peut pas leur en réclamer.

Il n'acquiert sur leurs biens aucun droit de successibilité (art. 350, Cod. civ.).

Il ne pourrait pas même représenter l'adoptant prédécédé dans la succession de son père, car il n'est pas le successible de celui-ci : par rapport à lui, il est réellement un étranger dans l'ordre naturel et civil. Or, il n'y a que des successibles qui puissent monter, par l'effet de la représentation, au degré de celui qu'ils représentent.

Mais l'adopté acquiert sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né d'un légitime mariage, même quand des enfants de cette qualité surviendraient depuis l'adoption (art. 350, Cod. civ.).

Si l'adopté meurt avant l'adoptant, ses enfants légitimes le représenteront-ils dans la succession de celui-ci ?

Le texte de l'art. 350, Cod. civ., semble, il est vrai, borner à la personne même de l'adopté tout droit sur les biens de l'adoptant, mais les doutes disparaissent si l'on interroge l'esprit général du système de l'adoption.

En effet, l'adoption établit entre deux individus les rapports de père et de fils. Est-il donc possible

que l'adoptant, en plaçant ses affections dans l'adopté, ne les place pas, à plus forte raison et comme ferait un père légitime, dans la descendance du fils qu'il s'est donné?

D'ailleurs, l'adoption ne doit pas être assimilée à un contrat ordinaire, elle n'est pas une simple stipulation n'embrassant que des intérêts matériels désignés et limités : elle appartient aussi à l'ordre moral, elle s'adresse au présent et à l'avenir, elle fonde, sous le patronage de la bienfaisance, une famille que la loi ne fait pas remonter au delà de l'adoptant, mais que, nulle part, elle ne fait finir à l'adopté. Peut-on nier, par exemple, que l'adopté ne transmette à sa descendance légitime le nom de l'adoptant qu'il a dû joindre au sien? Le mariage n'est-il pas prohibé entre l'adoptant et les descendants de l'adopté?

Enfin, dans l'ordre de la nature, l'adopté doit recueillir la fortune de l'adoptant et la transmettre à ses propres enfants. S'il meurt avant le temps, le droit, pour les enfants légitimes qui le suivent, de le représenter dans la succession de celui qui le précède, d'y exercer les droits qu'il était logiquement destiné à y exercer lui-même, n'apparaît-il pas aussitôt comme l'expression du vœu de l'adoptant? Par quel motif sérieux la loi aurait-elle songé à le contredire? Et comment son propre désir ne serait-il pas de voir renouer les anneaux interrompus de la chaîne?

Je n'hésite pas, dès lors, à considérer les enfants légitimes de l'adopté comme les successibles de l'adop-

tant et comme pouvant venir à sa succession, même de leur chef, selon les principes généraux, dans les cas où, par une cause légale, la représentation est impossible.

D'après l'art. 960, Cod. civ., les donations faites par un individu qui, au moment où elles ont eu lieu, n'avait pas d'enfants ni de descendants vivants, sont révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime. Or, il est certain que la loi ne laisse pas au donateur la faculté de les révoquer par une adoption. Mais, si un enfant légitime lui survenait, l'enfant adoptif profiterait de la révocation dont celui-ci aurait été la cause : il aurait ainsi, par le moyen d'un autre, un droit qu'il n'avait pas par lui-même.

L'art. 920, Cod. civ., autorise expressément l'enfant légitime à faire réduire, à l'époque de l'ouverture de la succession, les donations entre-vifs ou testamentaires qui excèdent la portion de biens dont le défunt pouvait disposer. Or, l'enfant adoptif qui a droit à une réserve, comme l'enfant légitime, peut, sans nul doute, la réclamer sur les biens existants au décès, et dès lors faire réduire les dispositions testamentaires.

Mais peut-il faire porter la réduction sur les donations entre-vifs soit *postérieures* soit *antérieures* au contrat d'adoption?

« Il est incontestable, dit très-bien M. Duranton, n° 318, que, pour calculer le montant de sa réserve,

l'adopté a le droit de réunir fictivement aux biens laissés au décès ceux qui ont été donnés entre-vifs *depuis l'adoption* (c'est-à-dire depuis le contrat d'adoption reçu par le juge de paix), et qu'il a aussi celui d'exercer sa réserve sur ces mêmes biens, en cas d'insuffisance des premiers. S'il n'en était ainsi, l'adoptant pourrait éluder tous les effets du contrat, et c'est ce que la bonne foi et l'esprit de la loi repoussent de concert. »

M. Duranton, n° 319, pense que les donations *antérieures à l'adoption* doivent également être réunies aux biens laissés, afin que le montant de la réserve soit déterminé sur la masse totale, et il les soumet à la réduction, dans l'intérêt de l'adopté.

Je ne saurais être de cet avis sur ce point très-controversé : je crois que les donations antérieures à l'adoption doivent être étrangères au calcul de la réserve, et que, sous aucun rapport, le droit de l'adopté ne peut les atteindre.

Je pars de cette idée première que l'adoption n'entraîne pas leur révocation.

L'on s'efforce, il est vrai, d'établir des différences entre la révocation et la réduction. Mais il importe peu, ce me semble, que la révocation s'opère d'une manière immédiate au profit de l'adoptant, et qu'au contraire la réduction ne puisse être demandée qu'à son décès; il importe peu encore que la révocation embrasse la totalité des biens donnés, tandis que la réduction ne comprend que la partie nécessaire pour compléter la réserve. Je vois bien là des différences de temps et de quotité, mais non pas des

différences de nature. Il est toujours certain que la révocation et la réduction tendent l'une et l'autre à déposséder les donataires : elles se confondent donc de la manière la plus intime par l'identité de leur but et la ressemblance de leur résultat.

Or, si la loi n'a pas voulu que l'adoption pût révoquer les donations antérieures, comment a-t-elle pu vouloir que l'adoption devînt le principe d'une action en réduction? Comment est-il possible que, d'un côté, en proscrivant la révocation, la loi ait mis le passé à l'abri de l'adoption, et que, de l'autre, elle l'ait laissé exposé à une action en réduction, c'est-à-dire à une éventualité analogue et prenant encore sa source dans l'adoption même?

D'ailleurs, l'enfant adoptif n'a pas pu compter sur des biens qui, avant le contrat d'adoption, étaient sortis du patrimoine de l'adoptant; il n'a compté que sur le présent et sur l'avenir, le passé ne lui appartient pas.

Sans doute, l'art. 350, Cod. civ., donne à l'adopté les mêmes droits qu'à l'enfant légitime; mais, en pénétrant au fond des choses, on voit que cette assimilation ne doit pas être absolue. Interprète de la nature, la loi reconnaît, avec raison, qu'un père ne se serait pas dépouillé s'il avait pensé que ses libéralités porteraient atteinte à la réserve des nouveaux enfants légitimes qui pouvaient lui survenir. Je conçois qu'elle attache aux droits de ceux-ci des effets rétroactifs : je conçois que la légitimité n'admette ni restrictions, ni fractionnement, car c'est le titre le plus pur et le plus sacré dans l'ordre social. Mais

il y a deux époques dans la vie de l'enfant adoptif, celle qui est antérieure à l'adoption, et celle qui la suit : sa qualité de fils ne commence réellement qu'avec l'adoption, et celle-ci, qui n'est qu'une imitation imparfaite, un refuge, ne saurait usurper dans ses résultats les priviléges sans rivaux de la véritable légitimité.

Au reste, s'il fallait voir dans les termes de l'art. 350 une assimilation complète de l'enfant adoptif et de l'enfant légitime, pourquoi, je le répète, la loi ne prononcerait-elle pas en faveur de l'un la révocation qu'elle prononce en faveur de l'autre?

Enfin, il ne faut pas oublier que l'adoption est un contrat qui a pour base et pour objet la bienfaisance: or, l'action en réduction que l'adopté voudrait exercer est repoussée par l'esprit intime de la loi. Cette action, en effet, serait odieuse, car l'adopté se ferait une arme du bienfait qu'il a reçu, pour déposséder ceux qui, avant lui, avaient obtenu de l'adoptant d'autres témoignages de sympathie.

Sans blesser aucun droit acquis, l'enfant adoptif pourra invoquer le bénéfice de l'art. 1098, Cod. civ., qui limite la portion de biens dont un individu ayant déjà des enfants peut disposer au profit de l'époux auquel il s'unit par un nouveau mariage.

Le droit normal de succéder n'est pas réciproque entre l'adopté et l'adoptant : la loi se borne à conférer à celui-ci un droit extraordinaire.

L'art. 351, Cod. civ., est ainsi conçu : « Si l'adopté

meurt sans *descendants légitimes*, les choses données par l'adoptant ou recueillies dans sa succession, *et qui existeront en nature* lors du décès de l'adopté, retourneront à l'adoptant ou à ses descendants, *à la charge de contribuer aux dettes* et sans préjudice des droits des tiers. Le surplus des biens de l'adopté appartiendra à ses propres parents, et ceux-ci excluront toujours, pour les objets même spécifiés au présent article, tous les héritiers de l'adoptant autres que ses descendants. »

Ainsi, lorsqu'un enfant adoptif meurt sans descendants légitimes, il faut distinguer dans sa succession deux sortes de biens : ceux qui proviennent de l'adoptant et qui retournent à celui-ci ou à ses descendants; ceux qui n'en proviennent pas et qui appartiennent aux parents de l'adopté, d'après les règles établies au titre des successions.

Si l'adopté n'avait qu'un enfant adoptif, celui-ci ne serait pas un obstacle au droit de succession accordé à l'adoptant et à ses descendants, car la loi parle d'une manière très-expresse *de descendants légitimes*.

Il faut également remarquer que ce droit de succession ne s'exerce que sur les choses données qui *existeront en nature* au décès de l'adopté; il ne comprend donc pas le prix des choses aliénées qui peut être encore dû, ni les actions en reprise, telles que l'action en revendication, en réméré, en rescision. La loi, en établissant un droit analogue dans les art. 747 et 766, Cod. civ., l'a formellement étendu à ces objets: le silence qu'elle garde, au contraire, dans l'article dont je m'occupe, est tel qu'il me paraît

impossible d'y suppléer sans excéder les limites de l'interprétation. Peu importe que les raisons de cette différence ne s'aperçoivent pas très-bien : la loi, dans un ordre de choses tout spécial, se tait énergiquement, et cela suffit (1).

Enfin, « si du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les enfants ou les descendants laissés par celui-ci (qui ont recueilli, s'ils étaient légitimes, ce qu'il avait reçu de l'adoptant) mouraient eux-mêmes sans postérité (légitime), l'adoptant succédera aux choses par lui données, comme il est dit en l'article précédent, mais ce droit sera inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers même en ligne directe (art. 352, Cod. civ.). »

C'est le lieu, en terminant ce chapitre, d'examiner deux questions graves.

Un Français peut-il adopter un étranger?

Des auteurs pensent que l'adoption est une institution de pur droit civil. Ils rappellent qu'en principe un étranger ne jouit pas, en France, des droits civils; or, aucun texte n'ayant excepté l'adoption de la règle générale, ils la placent au nombre des engagements civils auxquels l'étranger ne peut pas prendre part.

Raisonner ainsi, c'est s'égarer dans des voies

(1) En développant l'art. 747, Cod. civ., j'entrerai dans divers détails auxquels on pourra recourir pour les appliquer au droit de succession conféré à l'adoptant.

abstraites. Quand on décompose l'adoption, quand on étudie isolément ses effets, ses résultats, on voit qu'il n'en est aucun que la loi française rende incompatible avec la qualité d'étranger. Qu'importent donc sa nature, son origine, si, quittant sa forme intellectuelle et insaisissable pour revêtir, par l'application, une forme palpable et visible, elle ne blesse en rien les principes qui émanent de la puissance même qui la crée?

Or, l'adoption n'enlève pas à l'étranger sa nationalité, elle ne le fait pas même sortir de sa famille naturelle : elle lui confère le nom de l'adoptant, mais sans le dépouiller du sien. On ne peut donc pas lui reprocher d'introduire arbitrairement un Français de plus en France, ou d'ajouter un membre réel et complet à une famille française.

Objectera-t-on que l'adoption établit entre un Français et un étranger des rapports civils de parenté et de filiation? Mais de tels rapports ne sont pas contraires à la loi française. La position de l'étranger adopté par un Français ressemblera à celle d'un fils naturalisé en pays étranger, et dont le père est français, ou bien à celle d'un Français qui s'est fait naturaliser postérieurement à une adoption consommée en sa faveur.

L'adoption, il est vrai, donne à l'adopté le droit de succéder à l'adoptant. Mais le droit de succéder en France est accordé aux étrangers par la loi du 14 juillet 1819, il n'est donc pas incompatible avec la qualité d'étranger : l'adoption ne le crée pas, elle lui offre seulement l'occasion de s'exercer.

J'avoue encore que l'adoption autorise l'adopté à réclamer des aliments à son père adoptif. Mais ce droit n'est que subsidiaire : il faut, pour que l'adopté puisse s'en prévaloir, qu'il ne trouve pas des aliments dans sa famille naturelle. D'ailleurs ce droit n'est qu'une sorte de prélude au droit de succéder et la suite nécessaire des liens établis par la bienfaisance.

Enfin, l'adoption produit divers empêchements de mariage; mais cette conséquence est toute négative: elle résulte, d'ailleurs, des rapports de paternité et de filiation que la loi ne réprouve pas. Au surplus, elle ne se révèle pas dans l'ordre civil, car le mariage appartient au droit des gens, et, dès lors, c'est à ce droit qu'elle apporte une dérogation.

Faut-il rappeler maintenant que l'adoption est une consolation offerte aux citoyens? Doit-on, dès lors, circonscrire leur choix?

Bien plus, quand elle n'est pas un appui pour l'infortune, elle est la récompense de nobles courages et de généreux dévouements; comment donc la proscrire lorsqu'un étranger la réclame au nom de ses malheurs ou a su la mériter au péril de sa vie?

Enfin, n'y a-t-il rien de mesquin et de contraire à l'esprit de la loi dans une doctrine par laquelle on refuse aux étrangers le droit de participer à une institution qui, prise dans son ensemble, repose toute entière sur des principes d'humanité, et se résume dans ces deux mots : bienfait, reconnaissance?

Je ne vois pas non plus pour quel motif un étranger ne pourrait pas adopter un Français.

L'enfant naturel reconnu peut-il être adopté par son père ou par sa mère?

Au premier abord, l'adoption paraît uniquement instituée pour rapprocher ceux entre lesquels il n'existe aucun lien; mais on se demande aussitôt pourquoi le lien du sang, qui unit l'enfant naturel à son père, ne pourrait pas puiser dans l'adoption une vie et une énergie nouvelles.

On peut craindre que l'espoir d'élever un jour, par l'adoption, un enfant naturel au rang d'enfant légitime, n'éloigne les citoyens du mariage et ne favorise le désordre des mœurs. Mais la loi n'autorise-t-elle pas la légitimation des enfants naturels par le mariage subséquent? Recule-t-elle devant cette réparation qui offre aussi un espoir dont on peut longtemps se bercer, et qui peut paraître comme bien mieux faite pour encourager de coupables passions?

On peut redouter d'enfreindre l'art. 908, Cod. civ., qui dispose que les enfants naturels ne pourront rien recevoir au delà de la part bornée qui leur est faite au titre *des successions*. Mais l'enfant naturel adopté est désormais un fils adoptif; il a un titre nouveau qui l'absout de son vice originel. D'ailleurs, la légitimation par mariage subséquent ne dote-t-elle pas l'enfant naturel de tous les droits de la légitimité? Or, si la loi n'a pas craint d'écrire dans cette institution un démenti à l'art. 908, comment l'adoption, qui produit des effets bien plus restreints, serait-elle contraire à son esprit?

Sérieusement, l'adoption des enfants naturels est dans les vues du Code, il veut pour eux des réparations, et elle en est une.

Mais, certes, celle-ci ne saurait s'accomplir au préjudice d'une réparation plus large, plus loyale et plus noble, qui est le mariage subséquent. L'une ne saurait donc être permise que si les circonstances rendent l'autre impossible.

Ainsi, interrogeant la pensée intime de la loi, cherchant à découvrir ce que le législateur aurait exprimé pour être conséquent avec lui-même, si son attention eût été éveillée sur ce point, je considère l'adoption des enfants naturels reconnus comme licite, mais à titre de réparation subsidiaire.

Le magistrat que la loi investit, comme on le verra bientôt, d'un pouvoir discrétionnaire quand il est appelé à prononcer sur une adoption, devra donc apprécier les circonstances où est placé celui qui se propose d'adopter.

Si l'enfant n'a été reconnu que par l'un des auteurs de ses jours, et si l'autre est tout à fait ignoré, le magistrat doit sanctionner l'adoption. Qu'il la sanctionne encore si l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère, et que des motifs quelconques, même de hautes convenances sociales, rendent leur mariage impossible.

Mais, si le mariage peut avoir lieu, soit que le père et la mère aient reconnu l'enfant, soit même qu'à défaut de reconnaissance la paternité et la maternité aient été révélées à la conviction morale du juge, qu'il repousse l'adoption de toutes ses forces.

Le bienfait de la légitimité conféré à l'enfant, aux dépens d'un mariage possible, serait une lâcheté et un scandale.

Je désire que cette opinion, qui, je crois, m'est personnelle, tende à rapprocher les esprits que ce point divise profondément, parce qu'on n'a trouvé jusqu'à ce jour que des solutions extrêmes.

Je n'ai pas besoin d'ajouter qu'un enfant adultérin ou incestueux ne peut pas plus être adopté que légitimé. Il y a des fautes sans pardon et des origines condamnées à rester toujours impures.

SECTION II. — *Des formes de l'adoption.*

L'adopté et l'adoptant doivent d'abord passer acte de leurs consentements respectifs devant le juge de paix du domicile de celui-ci (art. 353, Cod. civ.).

C'est là que se forme véritablement le contrat d'adoption : ce contrat oblige les deux parties; l'une ne peut pas le rompre sans le concours de l'autre.

Dans les dix jours suivants, la partie la plus diligente en remet une expédition au procureur du roi près le tribunal de l'arrondissement où l'adoptant est domicilié, avec requête par laquelle ce magistrat est prié de le soumettre à l'homologation du tribunal (art. 354, Cod. civ.).

Le tribunal doit examiner si les conditions prescrites par la loi sont remplies (art. 355, Cod. civ.).

Il doit s'assurer que l'adoptant jouit d'une bonne réputation (même article). « Si l'adoptant était sans

mœurs, l'adoption serait un présent funeste (*exposé des motifs*). »

Il y a évidemment des conditions dont la preuve ne peut être faite que par des pièces qu'il faudra joindre à la requête remise au procureur du roi; mais, sur l'ensemble même des circonstances qu'il importe d'apprécier, il suffit que chaque magistrat se livre à des investigations individuelles dont la mesure est abandonnée à sa prudence.

Dès que la religion du tribunal est éclairée, il se réunit à la chambre du conseil, entend le procureur du roi, et, sans énoncer de motifs, prononce en ces termes : *Il y a lieu*, ou *Il n'y a pas lieu à l'adoption* (art. 356, Cod. civ.).

Dans le mois qui suit ce jugement, la partie la plus diligente en remet une expédition au procureur général; celui-ci le soumet à la cour royale qui use des mêmes moyens que le tribunal pour se former une conviction, et qui prononce également, sans énoncer de motifs, en ces termes : *Le jugement est confirmé*, ou *Le jugement est réformé, en conséquence il y a lieu*, ou *il n'y a pas lieu à l'adoption* (art. 357, Cod. civ.).

Si l'arrêt de la cour admet l'adoption, il est prononcé à l'audience, et il doit être affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que la cour trouve convenables (art. 358, Cod. civ.).

L'arrêt qui repousse l'adoption doit donc être prononcé à la chambre du conseil et rester secret : à quoi bon une publicité qui nuirait à la réputation de celui qui voulait adopter?

La décision du tribunal, alors même qu'il admet

l'adoption, est secrète, parce qu'elle n'est que provisoire, et qu'une publicité prématurée serait au moins imprudente.

Enfin, si toute décision, soit du tribunal, soit de la cour, et alors même qu'elle est favorable, ne doit pas exprimer de motifs, c'est que les magistrats sont ici les appréciateurs souverains d'une question toute d'opportunité et de moralité, et que, semblables à des jurés, ils ne doivent compte de leur détermination qu'à leur conscience.

Dans les trois mois qui suivent l'arrêt, l'une ou l'autre partie en remet une expédition à l'officier de l'état civil du domicile de l'adoptant, et le requiert de la transcrire sur les registres (art. 359, Cod. civ.).

Aussitôt ce magistrat dresse sur les registres des naissances un procès-verbal constatant la présentation de l'arrêt, sa transcription et les réquisitions qui lui ont été faites.

Ce procès-verbal constitue l'inscription de l'adoption sur les registres dépositaires de l'état de tous les citoyens.

Désormais la société est intervenue au contrat: les parties ne pourraient plus le rompre, même d'un commun accord.

Elles ne le pourraient pas même en suivant les formes judiciaires par lesquelles elles l'ont fait consacrer, car il serait dérisoire d'associer ainsi la magistrature tantôt à la création, tantôt à l'anéantissement de véritables liens de famille. D'ailleurs, par leur nature même, ces liens sont indestructibles : un père et un fils adoptifs ne peuvent pas plus faire

décider par les tribunaux qu'ils sont étrangers l'un et l'autre, qu'un père et un fils légitimes ne pourraient faire réduire à de simples rapports naturels les rapports tout à la fois naturels et civils qui les unissent.

Si la sanction de la justice et l'inscription parmi les actes de l'état civil donnent cette énergie à l'adoption, il ne faut pas oublier que son principe est dans le contrat reçu par le juge de paix, et qu'aussitôt que la double condition qui doit suivre est accomplie, il se produit un effet rétroactif qui remonte au jour même de l'accord mutuel.

Si l'adoption n'est pas inscrite dans les trois mois, elle reste sans effet (art. 359, Cod. civ.) : d'où la conséquence que, pendant ce délai, le sort de l'adoption est dans les mains des parties qui, ne s'étant pas encore liées vis-à-vis de la société, peuvent anéantir leurs engagements et renoncer à la sanction que la justice leur a donnée, soit par leur silence, soit même par une convention expresse.

Il faut remarquer que l'inscription est, seule, soumise à un délai fatal : le terme de dix jours et d'un mois accordé pour présenter le contrat primitif au tribunal ou à la cour n'est accompagné d'aucune déchéance dans le texte de la loi. La loi impérative dans un cas, et muette dans deux autres appartenant au même système, révèle ainsi, ce me semble, ses volontés contraires : de tels rapprochements ont une force intime aussi grande que celle d'un langage exprès. Au reste, investis d'un pouvoir discrétionnaire, les tribunaux pourraient très-bien considérer la lenteur mise dans la poursuite comme une marque

d'indifférence, de nature à discréditer une demande dont le succès devrait toujours être ardemment désiré.

La demande rejetée peut-elle être reproduite soit devant les mêmes tribunaux, soit devant d'autres dans le cas où l'adoptant a changé de domicile?

Sans doute, car les motifs qui l'ont fait repousser n'existent peut-être plus, et un refus d'homologation ne peut pas frapper les deux parties d'une incapacité perpétuelle. C'est ainsi qu'un jugement qui maintient une opposition à un mariage peut être suivi d'un jugement qui en donne mainlevée, dès qu'il est démontré que tout empêchement a cessé.

Lorsque l'adoptant meurt après que l'acte constatant la volonté de former l'adoption a été *reçu par le juge de paix* ET *porté devant les tribunaux*, et avant que ceux-ci aient définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu (art. 360, Cod. civ.).

Le texte de la loi est précis, il faut que la justice soit déjà saisie quand l'adoptant vient à mourir, pour que sa mort ne paralyse pas le projet d'adoption. Quoique celle-ci ait réellement son principe et sa base dans le contrat primitif, on peut concevoir que la loi ait fait une différence entre le simple contrat et celui qui a déjà reçu un commencement d'exécution.

Les héritiers de l'adoptant qui ont évidemment intérêt à faire rejeter l'adoption projetée, afin que l'enfant adoptif n'acquière pas des droits à leur préjudice, sont autorisés à la combattre par des mémoires remis au ministère public (art. 360, Cod. civ.).

Bien plus, il est certain qu'après la mort de l'adoptant ils peuvent attaquer l'adoption qui a été admise pendant sa vie, lorsqu'elle est contraire à la loi, et qu'ainsi la religion du tribunal a été surprise.

Ils ne tiennent pas cette faculté de l'adoptant, car celui-ci ne pouvait pas demander la nullité d'un acte auquel il avait librement consenti, ils la puisent donc dans leur intérêt individuel.

Or, par quelle voie agiront-ils?

Ils ne sauraient se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la cour royale, car ils n'y ont pas été parties. Ce motif les empêche également de se pourvoir devant la cour elle-même par opposition ou requête civile. Ils ne peuvent pas mieux saisir la cour par action principale, car ce mode est contraire à l'ordre hiérarchique des juridictions. Il semble donc qu'ils devront recourir à la tierce opposition en qualité de tiers étrangers à l'arrêt.

Toutefois, quand on songe que l'adoption réside vraiment dans le contrat passé devant le juge de paix, que le jugement et l'arrêt sont purement homologatifs, et ne constituent en quelque sorte qu'un contrôle d'un ordre élevé que la loi appelle l'autorité judiciaire à exercer sur des volontés privées, on est convaincu que c'est le contrat même qui doit être attaqué par action principale devant le tribunal de l'arrondissement où l'adopté a son domicile.

Cependant, s'il s'agit d'une adoption qui n'était pas encore admise quand l'adoptant est mort, et que les héritiers de celui-ci aient combattu son ad-

mission, il est vrai de dire qu'ils ont été parties dans l'arrêt : ils doivent alors se pourvoir en cassation.

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

La tutelle officieuse est un contrat de bienfaisance par lequel une personne s'oblige à nourrir et élever gratuitement un mineur, à administrer sa personne et ses biens, à l'adopter lorsqu'il sera majeur, ou au moins à lui donner des secours s'il n'est pas alors en état de gagner sa vie.

L'individu qui veut devenir tuteur officieux doit être âgé de cinquante ans, n'avoir ni enfants ni descendants *légitimes*, et obtenir, s'il est marié, le consentement de son conjoint (art. 361, Cod. civ.).

Evidemment, il faut aussi qu'il soit capable d'exercer la tutelle ordinaire. Toutefois une femme qui, en règle génerale, ne peut gérer une tutelle peut être tutrice officieuse, car ici la loi ne fait aucune distinction : l'on conçoit d'ailleurs qu'elle n'ait pas voulu entraver la bienfaisance.

Le pupille doit avoir moins de quinze ans (art. 364, Cod. civ.).

Son père et sa mère, ou le survivant d'entre eux, ou, à leur défaut, le conseil de famille, ou enfin, s'il n'a point de parents connus, les administrateurs de l'hospice dans lequel il a été recueilli, ou le conseil municipal du lieu de sa résidence, doivent consentir

pour lui à la tutelle officieuse (art. 361 , Cod. civ.).

Le contrat est reçu par le juge de paix du domicile de l'enfant (art. 363 , Cod. civ.).

Ce contrat peut renfermer toutes stipulations avantageuses à l'enfant et qui ne seraient pas contraires à l'ordre public : c'est de plein droit qu'il emporte obligation de le nourrir, de l'élever et de le mettre gratuitement en état de gagner sa vie (art. 364, Cod. civ.).

Il entraîne aussi comme conséquence forcée le droit, pour le tuteur officieux, d'administrer sa personne et ses biens (art. 365, Cod. civ.).

Néanmoins, si l'enfant avait son père ou sa mère, ces derniers conservant la jouissance légale des biens, en vertu de la puissance paternelle, devraient en conserver aussi l'administration.

Dès que la tutelle officieuse a duré cinq ans entiers, le tuteur, *dans la prévoyance de son décès* AVANT *la majorité du pupille*, peut l'adopter par testament (art. 366, Cod. civ.).

Pour cette adoption, il n'a pas besoin du consentement de son conjoint (art. 344, Cod. civ.).

Elle sera valable s'il meurt sans enfants ni descendants légitimes (art. 366, Cod. civ.).

Peu importe que des enfants soient survenus après le testament, il suffit qu'il n'en existe point à la double époque de sa confection et de la mort du testateur.

Quand le tuteur officieux meurt soit avant les cinq ans, soit après, sans avoir adopté le pupille, il doit être fourni à celui-ci, durant sa minorité, des

moyens de subsister dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, sont réglées amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, ou judiciairement en cas de contestation (art. 367, Cod. civ.).

Si le tuteur officieux ne décède pas AVANT *la majorité du pupille*, l'adoption testamentaire tombe d'elle-même : le pupille ne peut plus être adopté que selon les conditions et les formes prescrites pour l'adoption ordinaire (art. 366, 368, Cod. civ.).

Lorsque le tuteur n'adopte pas le pupille devenu majeur, celui-ci doit, sous peine de déchéance, dans les trois mois qui suivent sa majorité, lui faire sommation de l'adopter. Si cette réquisition reste sans résultat soit par la mauvaise volonté du tuteur, soit même par l'incapacité dont il se trouve frappé à cause de la survenance d'un enfant, ou parce que son conjoint refuse de consentir à l'adoption, le tuteur peut être condamné à fournir au pupille les secours propres à lui procurer un métier (art. 369, Cod. civ.).

Dans tous les cas, le tuteur doit rendre compte à celui-ci de l'administration de ses biens (art. 370, Cod. civ.).

Telle est, en termes rapides, la théorie de la tutelle officieuse.

Institution toute moderne créée par les auteurs du Code civil pour faciliter les adoptions, elle n'a peut-être jamais été appliquée. C'est que la bienfaisance aime à s'exercer librement; elle craint de s'engager

d'avance, car elle sent qu'elle perd son prix et son attrait quand celui qui reçoit peut l'imposer et qu'elle doit être subie par celui qui donne.

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

LA raison naturelle attache elle-même à la qualité de père une idée de suprématie.

Cette idée fut admise dans tous les temps et chez tous les peuples : elle a produit l'institution civile connue sous le nom de *puissance paternelle.*

Je définis donc la puissance paternelle une suprématie fondée sur la loi de Dieu, confirmée par la loi de l'homme, en vertu de laquelle un père et une mère exercent, selon certaines conditions et dans de certaines limites, des droits divers sur la personne et sur les biens de leurs enfants.

Il est facile de concevoir que l'étendue et la sévérité de la puissance paternelle sont subordonnées aux mœurs et à la civilisation des peuples.

Dans Rome primitive, l'ascendant paternel le plus éloigné était le chef absolu de sa descendance. Il avait sur elle, comme magistrat domestique, le droit de vie et de mort, et ses droits sur les biens étaient illimi tés.

Ce despotisme fut restreint par diverses constitutions d'empereurs.

Dans le dernier état du droit, la puissance paternelle appartenait encore d'une manière successive aux seuls ascendants paternels, à l'exclusion des ascendantes et même de la mère. Elle se prolongeait encore pendant toute la vie du chef de la famille. Mais le droit de vie et de mort avait disparu, il avait fait place à une simple faculté de correction. Les enfants ne pouvaient plus être vendus, si ce n'est au moment même où ils sortaient du sein de leur mère et à cause d'une misère extrême. Quant à leurs biens personnels, ils étaient divisés en divers pécules; les enfants étaient pleinement propriétaires des uns, et n'avaient sur les autres qu'un droit de nue-propriété ou d'usufruit.

Liberté, propriété, sûreté, ces droits imprescriptibles de l'homme social, que le père de famille lui-même doit respecter, étaient donc encore méconnus et sacrifiés.

Dans les pays de droit écrit de l'ancienne France, la puissance paternelle avait retenu quelque chose de la sévérité romaine. Au contraire, dans la plus grande partie des pays de droit coutumier, elle était à peu près nulle.

Aussi M. Réal disait-il dans l'*exposé des motifs* de ce titre : « Ne pouvant trouver aucun secours dans la loi romaine, ne trouvant dans les coutumes que des vues imparfaites, marchant entre l'exagération et la faiblesse, le législateur a dû consulter *la nature et la raison.* »

Le même orateur expose en ces termes l'esprit qui a présidé à l'organisation de la puissance pater-

nelle : « Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et les besoins; la nature veut que, dans ce premier âge, celui de l'enfance, le père et la mère aient sur leurs enfants une puissance entière, qui est toute de défense et de protection.

» Dans le second âge, vers l'époque de la puberté, l'enfant a déjà observé, réfléchi. Mais c'est à ce moment même où l'esprit commence à exercer ses forces, où l'imagination commence à déployer ses ailes, où nulle expérience n'a formé le jugement; c'est à ce moment où, faisant les premiers pas dans la vie, livré sans défense à toutes les passions qui s'emparent de son cœur, vivant de désirs, exagérant ses espérances, s'aveuglant sur les obstacles, qu'il a surtout besoin qu'une main ferme le protége contre ces nouveaux ennemis, le dirige à travers ces écueils, dompte ou modère à leur naissance ces passions, tourment ou bonheur de la vie, selon qu'une main maladroite ou habile leur aura donné une bonne ou une mauvaise direction. C'est à cette époque qu'il a besoin d'un conseil, d'un ami qui puisse défendre sa raison naissante contre les séductions de toute espèce qui l'environneront, qui puisse seconder la nature dans ses opérations, hâter, féconder, agrandir ses heureux développements. La puissance paternelle, qui est alors toute d'administration domestique et de direction, pourra seule procurer tous ces avantages, ajouter la vie morale à l'existence physique, et dans l'homme naissant préparer le citoyen. »

Ces paroles me paraissent l'expression la plus noble de la vraie doctrine.

Le christianisme, qui enseigne aux hommes l'égalité en leur montrant sans cesse une origine et une fin communes, et qui leur dit sous toutes les formes: « Aimez-vous les uns les autres », ne saurait tolérer, même dans la famille, des suprématies et des dépendances fondées sur des bases outrageantes pour l'humanité. Amitié, conseil, protection de la part des pères, honneur et respect de la part des enfants, sanction sage et modérée de cette théorie de droits et de devoirs, voilà la vraie loi, la loi de Dieu.

Il est des hommes qui combattent la hiérarchie domestique.

Ils prétendent que, par elle, les enfants sont exposés à être victimes des calculs mesquins ou de l'affection aveugle d'un chef de famille.

Ils croient qu'un jour viendra où l'autorité publique, plus éclairée et plus puissante que l'autorité paternelle, réglera les vocations et se chargera de faire jouir des bienfaits d'une éducation commune tous les enfants d'une même patrie.

Or, ces utopistes, tout en voulant la société, la nient; car ils détruisent la famille qui en est le type primitif, ils altèrent les affections que celle-ci fait naître et qui conduisent l'homme à l'amour envers ses semblables; ils suppriment enfin les devoirs domestiques, source nécessaire et d'ailleurs si pure de tous les devoirs de la vie.

D'autres gémissent sur la trop grande indulgence de la législation d'aujourd'hui.

Regrets irréfléchis! Qu'est-ce, en effet, que la

sévérité de la loi sans la sévérité des mœurs? Au lieu de réclamer une répression plus énergique des torts des enfants, combien il serait plus opportun de travailler au retour de ces maximes saintes et de ces vérités morales qui tendent à les prévenir!

Je ne crains pas de l'affirmer, la législation actuelle offre assez d'appui aux pères pénétrés de l'importance de leur mission, donnant à leurs enfants l'exemple de mœurs irréprochables et ne contrariant jamais, par le spectacle d'une vie sans dignité, d'hypocrites préceptes.

Le Code civil proclame d'abord ce principe éternel de morale : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère (art. 371, Cod. civ.). »

Ce principe doit être, sans doute, le guide suprême du magistrat et du jurisconsulte dans l'interprétation des textes obscurs : quand la balance paraît égale, ce n'est pas, certes, l'autorité paternelle qui doit être sacrifiée.

Mais il ne faut pas croire qu'il soit le fondement d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel les tribunaux puissent arbitrairement régir les rapports des enfants et des auteurs de leurs jours.

Il est exprimé comme source des dispositions de la loi sur la puissance paternelle, et il ne saurait recevoir d'autres réalisations civiles et pratiques que celles qui sont écrites et sanctionnées dans les lois elles-mêmes.

Ainsi on s'est longtemps demandé si, malgré

l'art. 371, un fils pouvait exercer contre son père la contrainte par corps.

Il me semble que le droit du fils ne pouvait pas être l'objet d'une controverse sérieuse.

En effet, il ne s'agissait pas d'interpréter, mais de créer. Or, il n'est pas permis de créer, au nom de la morale, des exceptions aux lois positives.

Il fallait donc, sur ce point, se borner à de stériles regrets.

Le silence que je signale a été réparé par une loi du 17 avril 1832, qui rend, au reste, un digne hommage aux sentiments de famille. « La contrainte par corps, dit l'art. 19, n'est jamais prononcée contre le débiteur au profit de son mari ni de sa femme, de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, ou alliés au même degré. »

La puissance paternelle est surtout instituée pour les pères et mères. En règle générale, elle n'appartient pas aux ascendants supérieurs.

Elle est aussi, en principe, l'attribut des pères et mères *légitimes*.

Enfin, la mère ne l'exerce que subsidiairement.

Toutes ces vérités sont renfermées dans l'art. 373, Cod. civ., conçu en ces termes : « Le *père seul* exerce cette autorité *durant le mariage*. »

La puissance paternelle ne se prolonge pas au delà de la majorité ou de l'émancipation des enfants (art. 372, Cod. civ.).

Tel devait être le terme de la puissance pater-

nelle, puisqu'elle est conçue dans un esprit de protection.

L'enfant majeur ou émancipé appartient donc à la vie civique, il sort de la dépendance de la famille pour rencontrer toutes les dépendances sociales.

Il faut se rappeler toutefois que, par exception, la loi impose aux fils et aux filles qui consentent à être adoptés la nécessité d'obtenir, jusqu'à l'âge de 25 ans, le propre consentement de leurs père et mère.

Les fils doivent demander ce consentement jusqu'à la même époque, et les filles jusqu'à l'âge de vingt-un ans, quand il s'agit du mariage.

On sait enfin que, dans cette dernière circonstance qui intéresse plus particulièrement qu'aucune autre le bonheur des enfants, la puissance paternelle est exercée, à défaut de père et de mère, par les ascendants plus éloignés.

Quand la protection est devenue inutile, la morale conserve encore ses droits généraux, elle exige encore des enfants honneur et respect.

C'est ainsi que l'enfant, lorsqu'il peut consentir seul à son adoption ou à son mariage, doit au moins requérir le conseil de ses père et mère, et même, pour son mariage, le conseil de ses ascendants supérieurs.

C'est ainsi qu'à nulle époque nulle dette des ascendants ne peut autoriser, de la part des descendants, comme je l'ai dit tout à l'heure, l'exercice de la contrainte par corps.

C'est ainsi encore que les enfants ne peuvent

restation qui n'exprimera aucun motif (art. 378, Cod. civ.).

« Donner de la publicité à des erreurs, à des faiblesses de jeunesse, en éterniser le souvenir, ce serait marcher directement contre le but que la loi se propose; et de ces punitions mêmes qui ne sont infligées à l'enfance que pour épargner des tourments à l'âge mûr, ce serait faire naître des chagrins qui flétriraient le reste de la vie (*exposé des motifs*). »

Je crois même qu'il ne doit être dressé ni procès-verbal d'emprisonnement ni écrou, car, si l'on ne supprime pas ces formalités, l'on n'en supprime point, et le vœu formel de la loi est complétement méconnu.

Le père est seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables (art. 378, Cod. civ.).

L'enfant peut-il, conformément au principe consacré par l'art. 800, Cod. pr., demander sa mise en liberté si le père n'a pas consigné d'avance les aliments?

Non, sans doute. Il ne s'agit pas ici d'un débiteur qui veut se soustraire à la loi d'un créancier, c'est-à-dire au droit du plus heureux, mais d'un enfant protégé par le châtiment même qu'il subit, et que, dans son propre intérêt, il doit subir tout entier. Des aliments lui seront donc fournis par l'état, sauf au procureur du roi à en poursuivre le remboursement contre le père en vertu de la soumission qu'il a souscrite.

Au reste, le père est toujours maître d'abréger la

durée de la détention par lui exigée (1) ou requise (art. 379, Cod. civ.).

« La loi se prête ainsi au repentir des enfants et à la bonté des pères (*rapport au tribunat*). »

Si l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, le père pourra le faire détenir derechef selon la distinction qui précède (art. 379, Cod. civ.).

Il existe trois hypothèses exceptionnelles où le père ne peut agir que par voie de réquisition quand même l'enfant a moins de 16 ans commencés :

1° S'il est remarié (art. 380, Cod. civ.).

Alors la loi ne suppose plus au père la même tendresse ni la même impartialité pour ses enfants d'un premier mariage : elle redoute l'influence d'une marâtre.

2° Lorsque l'enfant exerce un état (art. 382, Cod. civ.).

3° Lorsque l'enfant a des biens personnels (art. 382, Cod. civ.).

« Il faut des précautions plus sévères lorsque l'enfant dont un père demande l'arrestation a des biens personnels, ou lorsqu'il exerce déjà un état dans la société. Si cet enfant a pour père un dissipateur, il est hors de doute que le père cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera des refus de l'enfant, et que peut-être il lui fera acheter sa liberté (*exposé des motifs*). »

Ces motifs, les seuls qui puissent être donnés

(1) La loi dit *ordonnée*. L'expression est impropre : le père exige, le magistrat ordonne.

quand il s'agit d'un enfant qui a des biens personnels, sont empreints d'une exagération manifeste.

Mais, lorsque l'enfant exerce un état, il y a, ce me semble, un motif très-plausible que le législateur n'a pas su exprimer. Ne peut-on pas dire que cet enfant, par des talents ou une industrie précoce, a devancé le terme de son importance sociale, et que l'exception qui le protége est un hommage au travail?

L'enfant détenu peut appeler, au premier président de la cour royale, de la décision du président du tribunal de première instance.

Il adressera un mémoire au procureur général, qui se fera rendre compte par le procureur du roi, et, sur le rapport du procureur général, le premier président, après en avoir donné avis au père, aura le droit de révoquer ou de modifier l'ordre délivré par le président du tribunal (art. 382, Cod. civ.).

L'art. 382 semble n'accorder la faculté d'appeler qu'à l'enfant qui exerce un état ou qui possède des biens personnels. Je l'étends néanmoins à tous les cas où il est détenu par voie de réquisition, car les motifs sont les mêmes. Il s'agit toujours de sa liberté dont il est privé non plus par la volonté d'un juge domestique imposant ses sentences souveraines, mais en vertu de la décision d'un magistrat. En présence d'un tel intérêt, celui-ci ne saurait prononcer en dernier ressort.

Après la dissolution du mariage, la puissance paternelle sur la personne de l'enfant passe à la mère.

Elle lui appartient même pendant le mariage, si

le père est en état d'interdiction judiciaire ou légale, s'il est absent déclaré, absent présumé, et même dès l'instant où il a disparu de son domicile (art. 141, Cod. civ.).

Elle lui appartient encore lorsque le père en est privé pour avoir attenté aux mœurs de ses enfants (art. 334 et 335, Cod. pén.).

Mais la mère, plus faible et plus prompte à s'alarmer, ne pourra jamais faire détenir l'enfant que par voie de réquisition (art. 381, Cod. civ.).

La loi exige, en outre, que la mère obtienne le concours des deux plus proches parents paternels, afin que la responsabilité d'une mesure de rigueur ne pèse pas toute entière sur elle.

La résistance d'un seul de ces parents serait, sans nul doute, un obstacle insurmontable.

A défaut de parents paternels, il convient que la mère recoure à deux amis du père. Toutefois, dans le silence de la loi, elle n'y est pas obligée. Seulement, le président du tribunal devra user de plus de circonspection.

Il me paraît certain que l'art. 379, qui permet au père d'abréger la durée de la détention, est applicable à la mère. Elle a le droit de punir, comment n'aurait-elle pas celui de pardonner?

Mais je crois qu'elle devra être assistée des deux plus proches parents paternels. L'indulgence appelle des responsabilités aussi bien que la rigueur.

La mère remariée est privée du droit de correction à l'égard des enfants de son premier mariage (art. 381, Cod. civ.).

En prononçant cette exclusion, la loi a cédé à la force des choses; car, dans la réalité, le droit aurait moins appartenu à la mère qu'au second mari.

Devenue veuve une nouvelle fois, la femme reprend son pouvoir avec sa liberté.

Au reste, si la mère remariée a été maintenue par le conseil de famille (art. 395, Cod. civ.) dans la tutelle de ses enfants, elle peut exercer le droit de correction, mais comme tutrice et en se conformant à l'art. 468 du Code civil.

La puissance paternelle sur la personne des enfants est commune aux pères et aux mères des enfants naturels légalement reconnus (art. 383, Cod. civ.).

Ce principe devait trouver place dans un système qui fonde la puissance paternelle sur la nature.

Toutefois l'assimilation n'est pas complète. L'article 383, qui proclame le principe, renvoie seulement aux art. 376 et 377 d'après lesquels le père peut faire détenir l'enfant par voie de réquisition ou par voie d'autorité, selon qu'il a plus ou moins de 16 ans, et aux art. 378 et 379 dont l'un proscrit toute formalité judiciaire, et dont l'autre consacre le droit de pardonner et celui de punir de nouveau.

L'art. 380, qui n'admet que la voie de réquisition, quand le père légitime est remarié, n'est donc pas applicable au père naturel marié ou remarié avec une autre femme que la mère de l'enfant, quoique l'influence de cette étrangère soit plus à craindre, peut-être, que celle d'une marâtre à l'égard des enfants d'un premier mariage.

L'art. 381 est également sans application. Ainsi, la mère naturelle mariée avec un autre homme que le père de l'enfant conserve le droit de correction, tandis que la mère légitime remariée ne le conserve pas. Le concours des deux plus proches parents paternels est évidemment impossible, puisque l'enfant naturel n'a pas de famille civile. La mère naturelle n'est pas réduite, comme la mère légitime, à n'agir, dans tous les cas, que par voie de réquisition : si l'enfant a moins de 16 ans, elle peut agir par voie d'autorité.

Enfin, peu importe que l'enfant naturel au-dessous de 16 ans ait un état ou des biens personnels, il ne pourra pas moins être détenu par voie d'autorité, quoique, dans ces deux cas, l'art. 382 ne permette, à l'égard des enfants légitimes, que la voie de réquisition.

Ces différences adoptées par plusieurs auteurs sont combattues avec vivacité par M. Dalloz (*Jurisprudence générale*, *v°* puissance paternelle).

Ce jurisconsulte voit seulement dans la rédaction de l'art. 383 la source d'un doute sur la pensée du législateur.

Il me semble, au contraire, que c'est une loi bien formelle que celle qui est ainsi conçue : « Les art. 376, 377, 378 et 379 seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus ». Quel peut être le but de cette énumération, si ce n'est d'exclure les textes qu'elle ne renferme pas ?

« Mais alors, dit M. Dalloz, il faut refuser aux

pères et mères et enfants naturels la faculté de se demander réciproquement des aliments, il faut nier que les enfants naturels soient sujets à aucune tutelle; car, après tout, aucun texte ne leur a appliqué nommément ces dispositions. »

Je réponds qu'il y a des assimilations que l'on ne peut pas proscrire sans être absurde, tandis qu'il y en a d'autres que l'on peut repousser en se fondant sur des causes logiques de différence.

M. Dalloz invoque les idées dans lesquelles a été rédigé l'art. 383. Il cite ces paroles de M. Réal dans l'*exposé des motifs* : « Un article du projet accorde la *même puissance* et les *mêmes droits* aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus. »

Ce passage proclame, sans doute, une assimilation générale entre les pouvoirs des pères et mères légitimes et ceux des pères et mères naturels, mais il ne dit pas que le système organisé pour les uns sera applicable aux autres dans tous ses détails.

On ne conteste aux pères et mères naturels ni leur *puissance* ni leurs *droits;* on ne se demande pas si ces droits seront plus limités que ceux des pères et mères légitimes; on avoue, au contraire, qu'ils sont aussi étendus. Toute la difficulté est de savoir si des restrictions exceptionnelles exprimées dans l'intérêt des enfants légitimes doivent être également admises dans l'intérêt des enfants naturels; en un mot, c'est le sort des enfants plutôt que le pouvoir des parents qui est mis en question.

Or, après avoir rappelé toutes les dispositions de

la loi relatives aux pères et mères légitimes, le tribun Albisson disait dans son discours au corps législatif : « *Quatre de ces dispositions* CLAIREMENT *désignées dans le projet* sont communes aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus. »

Est-ce clair?

Et l'on conçoit très-bien qu'il y avait de graves motifs pour ne pas déclarer communes aux enfants naturels les dispositions faites pour protéger, dans certaines circonstances, les enfants légitimes.

Je ne dirai pas avec un auteur que la position plus indépendante de l'enfant naturel, surtout lorsqu'il a des biens personnels, et l'affaiblissement du respect filial, particulièrement à l'égard de la mère, rendaient ici plus nécessaire l'action libre et forte de la puissance paternelle : M. Dalloz a raison de reprocher à ces considérations quelque chose de vague et qui échappe dans l'application.

Mais n'est-il pas évident que la loi a voulu déshériter les enfants naturels, à cause de la tache de leur origine, des garanties accordées aux enfants légitimes? N'est-ce pas là une des nombreuses occasions dans lesquelles la loi, hostile par système aux enfants qui ne sont pas le fruit du mariage, les punit de la faute des auteurs de leurs jours?

Principe bizarre auquel il faut pourtant applaudir, parce qu'il trouve une haute justification dans la moralité de ses motifs!

Il est bien certain, malgré le silence de l'art. 383, que les enfants naturels doivent, à tout âge, honneur et respect à leurs père et mère. En proclamant

le pouvoir des uns, la loi consacre nécessairement le devoir des autres. Aussi a-t-on vu la loi obliger les enfants naturels à demander, pour leur mariage, le consentement ou le conseil de leurs père et mère.

En outre, la loi pénale qualifie de parricide le meurtre commis sur les pères et mères naturels (art. 299 et 13, Cod. pén.; voy. aussi art. 323, 312 et 317 du même Code).

Je crois encore que, conformément à l'art. 374 du Code civil, l'enfant naturel reconnu ne peut pas quitter la maison de son père sans la permission de celui-ci. Il y aurait une contradiction manifeste dans la loi qui proclamerait, d'un côté, la puissance du père, et, de l'autre, l'indépendance de l'enfant.

Le principe en vertu duquel le père légitime exerce la puissance paternelle préférablement à la mère me paraît évidemment applicable au père naturel. La suprématie du père est fondée sur le sexe : or, cette cause existe en dehors du mariage aussi bien que dans le mariage. D'ailleurs, n'est-ce pas le père naturel qui donne son nom à l'enfant, comme le père légitime? Et lorsqu'il s'agit du consentement au mariage, c'est-à-dire de la révélation la plus importante de la puissance paternelle, la loi ne donne-t-elle pas au père naturel une voix prépondérante?

Enfin, il faut un terme à la puissance paternelle des parents naturels. Pour eux aussi, ce terme sera l'émancipation ou la majorité des enfants. Ainsi le veut la nature même des choses : il y a des conséquences que la loi n'a pas besoin d'exprimer, parce

qu'elle ne peut pas ne pas vouloir ce qui est inséparable d'un principe.

Lorsque des enfants doivent le jour à l'adultère ou à l'inceste, je ne saurais admettre aucune puissance paternelle sur leur personne. L'autorité domestique ne peut pas prendre sa source dans un crime.

Les enfants adultérins ou incestueux peuvent réclamer des aliments à leur père ou à leur mère, ainsi que je l'ai expliqué ailleurs, si leur qualité résulte d'une reconnaissance judiciaire. Ce droit, qui n'est pas réciproque, est la mesure exclusive des rapports que la loi tolère entre les auteurs du crime et les êtres impurs qu'il a produits.

Quant aux enfants adoptifs, on sait qu'ils restent dans leur famille naturelle. C'est donc dans la famille naturelle que se conservent, à leur égard, les pouvoirs qui survivent à la majorité. Ainsi, c'est à leurs père et mère ou aux ascendants supérieurs qu'ils doivent demander le consentement requis pour le mariage, et faire signifier les actes respectueux.

Après avoir étudié la puissance paternelle dans ses rapports avec la personne des enfants, il faut la considérer dans ses rapports avec leurs biens.

« Le père, durant le mariage, dit l'art. 384, Cod. civ., et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis,

ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de 18 ans. »

Cette jouissance est appelée *usufruit légal*. Elle est, en effet, un véritable usufruit qui, en règle générale, s'étend sur tous les biens appartenant aux enfants, et qui se compose de tous les droits attachés à un usufruit ordinaire (1).

Une telle prérogative accordée à la puissance paternelle se concilie facilement avec le caractère de protection que je lui ai assigné dès le principe. C'est une sorte de tribut légitimé par des soins, des sollicitudes et des responsabilités graves; c'est un hommage offert par la reconnaissance des enfants au pouvoir qui veille sur eux.

Pendant le mariage, l'usufruit légal appartient au père.

Il commence, pour la mère, dès que le mariage n'existe plus. « En prononçant que la mère jouit, dans cette circonstance, des droits qu'il accorde au père, le législateur, a dit M. Réal dans l'*exposé des motifs*, établit un droit égal, une égale indemnité là où la nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'affections; il répare, par cette équitable disposition, l'injustice de plusieurs siècles; il fait, pour ainsi dire, entrer pour la première fois la mère dans la famille et la rétablit dans les droits impres-

(1) Les droits généraux des usufruitiers sont exprimés dans les art. 582 et suivants du Code civil; les développements que je donnerai plus tard sur ces articles s'appliqueront donc à l'usufruit légal.

criptibles qu'elle tenait de la nature, droits sacrés, trop méprisés par les législations anciennes, reconnus, accueillis par quelques-unes de nos coutumes, notamment par celle de Paris; mais qui, effacés dans nos codes, auraient dû se retrouver écrits en caractères ineffaçables dans le cœur de tous les enfants bien nés. »

L'émancipation de l'enfant, qui peut avoir lieu dès que celui-ci a 15 ans révolus, fait cesser l'usufruit légal, car elle a précisément pour but de mettre un terme à la puissance paternelle.

L'usufruit légal finit de plein droit lorsque l'enfant a accompli sa dix-huitième année.

Après cet âge, le père ou la mère continue, sans doute, d'administrer les biens de l'enfant, s'il n'est pas émancipé; mais les revenus que ces biens produisent lui appartiennent et doivent être capitalisés à son profit.

La loi, en limitant ainsi la durée de l'usufruit, a voulu que l'enfant trouvât dans les économies faites pendant les trois dernières années de sa minorité une source plus grande de bien-être.

C'est une sage prévoyance pour l'avenir.

Un autre motif a encore dirigé la loi : elle a voulu ne pas laisser le père ou la mère aux prises avec l'intérêt personnel. Ce sentiment, en effet, aurait pu les porter à refuser leur consentement au mariage d'un enfant mineur, afin de conserver l'usufruit, qui finit toujours avec le mariage, parce que celui-ci entraîne nécessairement l'émancipation.

Si l'enfant meurt avant 18 ans, l'usufruit s'éteint.

On objecterait inutilement l'art. 620 du Code civil, ainsi conçu : « L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé. »

Cette disposition ne saurait être applicable qu'à l'usufruit conventionnel. Elle est basée sur l'intention présumée des parties contractantes qui, en prenant pour terme de l'usufruit l'âge qu'un tiers doit atteindre, ont voulu en déterminer la durée. Mais l'usufruit légal, qui est un attribut de la puissance paternelle et une compensation offerte à des responsabilités et à des sacrifices, ne peut pas survivre à sa cause.

Si l'enfant perd son père et sa mère avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans, l'usufruit légal ne passe pas à leurs héritiers institués ni aux ascendants supérieurs; c'est un droit attaché à la personne du père ou de la mère, et inhérent au titre même qui leur est propre.

Il est des cas exceptionnels où le père et la mère sont déchus de l'usufruit légal.

Ainsi l'attentat aux mœurs des enfants, prévu par les art. 334 et 335 du Code pénal, et que j'ai déjà représenté comme faisant évanouir la puissance paternelle sur la personne, fait cesser aussi les droits sur les biens.

Cette déchéance sévère mais juste n'atteint pas seulement l'usufruit des biens qui appartiennent aux enfants victimes du délit, mais encore l'usufruit des

biens des autres enfants, même de ceux qui seraient nés d'un mariage antérieur ou qui naîtraient d'un nouveau mariage. En effet, la déchéance est fondée sur un abus criminel de l'influence domestique; elle a pour principe l'immoralité et l'indignité. De telles causes ne se fractionnent pas : le titre de père n'est pur vis-à-vis d'aucun enfant, s'il ne l'est pas vis-à-vis de tous.

Quand la mort civile est la conséquence d'une peine prononcée contradictoirement, elle est encourue à compter du jour où la condamnation a été exécutée : elle dissout donc aussitôt le marige, et si c'est le père que la mort civile a frappé, l'usufruit légal passe à la mère.

Si le père a été condamné par contumace, le mariage n'est dissous qu'après vingt ans, ainsi que je l'ai démontré au titre de la mort civile. C'est donc seulement après ce temps que l'usufruit légal commence pour la mère, quoiqu'il finisse, pour le père, dès l'instant où il est atteint par la mort civile, c'est-à-dire dès l'expiration du délai de grâce de cinq ans.

Je crois que, sur ce point, M. Duranton, n° 367, est tombé dans une erreur grave. Il admet que la mort civile, lorsqu'elle est le résultat d'une condamnation par contumace, ne dissout le mariage qu'après vingt ans; il admet, d'un autre côté, que la mère n'a droit à l'usufruit qu'à la dissolution du mariage, et cependant il le lui accorde après l'expiration des cinq ans. La contradiction est manifeste.

Je sais bien qu'après les cinq ans la succession d'un

mort civil est ouverte. Mais le droit de succéder et le droit de prendre possession de l'usufruit légal, en vertu d'un titre individuel, sont bien différents. Dès qu'une succession est ouverte, il faut la déférer à des héritiers, c'est là une nécessité : mais l'usufruit légal ne se transmet pas à titre héréditaire, et il peut très-bien s'éteindre sans qu'il y ait nécessité de le faire immédiatement revivre au profit d'une autre personne.

L'usufruit légal sera donc anéanti : il n'appartiendra pas au père parce qu'il est mort civilement, et la mère, pour qu'il renaisse à son profit, attendra la dissolution du mariage.

L'art. 386 du Code civil privait de l'usufruit légal celui des père et mère contre lequel le divorce avait été prononcé : le divorce étant aboli, cette cause de déchéance n'existe plus.

Faut-il l'admettre en cas de séparation de corps ?

Je ne le pense pas. J'ai soutenu, il est vrai, que la séparation de corps faisait perdre à l'époux contre lequel elle était prononcée les donations que son conjoint lui avait faites par contrat de mariage ou pendant le mariage, et que, sous ce rapport, la séparation et le divorce devaient être assimilés.

Mais ici je ne trouve plus les mêmes motifs pour justifier une assimilation.

Quand il s'agit de libéralités entre époux, il faut se préoccuper de la position dans laquelle le divorce ou la séparation place les époux l'un vis-à-vis de l'autre : or, j'ai dit que la séparation ne pouvant être fondée que sur l'une des causes qui autorisaient le

divorce, elle supposait nécessairement entre les époux la même indignité, et qu'une indignité identique ne pouvait pas ne pas produire des déchéances identiques au profit de l'époux victime des torts de son conjoint.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de l'usufruit légal, qui est une sorte de libéralité que la loi fait au père ou à la mère, et qui porte sur les biens des enfants, il faut considérer les époux dans leurs rapports avec les enfants, et étudier l'influence exercée sur ces rapports par le divorce ou la séparation.

Eh bien! le divorce brisait, sans retour, les liens de la famille. En rendant le père et la mère étrangers l'un à l'autre, en laissant à chacun d'eux la liberté de se créer d'autres affections et de fonder isolément, par un nouveau mariage, un autre avenir domestique, il déshéritait les enfants de tous ces droits exclusifs dont l'union des auteurs de leurs jours renfermait la promesse. Comment donc la loi aurait-elle conservé la jouissance de leurs biens à l'auteur de leurs maux?

Mais la séparation de corps, qui est une simple suspension de la vie commune, et comme un deuil de famille auquel la joie d'une réconciliation peut, chaque jour, venir apporter un terme, entraîne, pour les enfants, des inconvénients moins profonds dans l'ordre moral et dans l'ordre matériel.

La source du droit d'usufruit est altérée, mais elle n'est pas tarie : le droit survit donc à la séparation, protégé par des différences présentes et par l'espoir d'un meilleur avenir.

L'usufruit légal cesse à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage (art. 386, Cod. civ.).

« Quelques motifs, a dit l'orateur du gouvernement, parlaient en faveur des mères qui ne se marient que pour conserver à leurs enfants l'établissement formé par leur père; mais cette exception ne peut effacer l'inconvenance qu'il y aurait à établir en principe que la mère peut porter dans une autre famille les revenus des enfants du premier lit, *et enrichir ainsi son époux à leur préjudice.* »

Ces motifs ne s'appliquent pas au père qui est toujours le chef de la famille : aussi il conserve, malgré un nouveau mariage, la jouissance des biens de ses enfants du premier lit.

Si la mère remariée redevient veuve, l'usufruit renaît-il en sa faveur?

L'opinion qui considère l'usufruit comme irrévocablement éteint est très-accréditée; elle se fonde sur ces termes de l'art. 386 du Code civil : « La jouissance cessera dans le cas d'un second mariage. »

S'arrêter à ces termes, c'est placer la solution de la question dans la question même, car il s'agit précisément de savoir si la jouissance doit cesser pour toujours ou seulement pendant la durée du second mariage : c'est, en outre, subir aveuglément la lettre de la loi, et se refuser à interroger son esprit.

J'ai fait connaître les motifs du législateur tels qu'il les a exprimés lui-même. Son but unique a été d'empêcher la mère remariée d'*enrichir un nouvel époux au préjudice de ses enfants.*

Or, la mère redevenue veuve n'enrichira plus un

étranger; c'est elle qui percevra les revenus et qui en disposera librement dans son intérêt personnel : comment donc la conséquence survivrait-elle à sa cause ?

A-t-on bien compris que, pour prolonger la cessation de l'usufruit au delà des motifs qui l'ont fait admettre, il faut nécessairement convertir un nouveau mariage en un fait illicite par lui-même et réclamant par sa seule nature une déchéance perpétuelle?

Or, une telle appréciation est aussi fausse qu'arbitraire.

Dira-t-on qu'un second mariage est préjudiciable, d'une manière absolue, aux enfants du mariage précédent? Mais cette considération s'appliquerait au second mariage du père aussi bien qu'à celui de la mère. Or, elle ne s'est pas même présentée à l'esprit du législateur, car il a maintenu le droit d'usufruit au profit du père remarié.

Il est donc bien démontré que la loi s'est préoccupée non pas du second mariage, mais du second mari de la mère, et qu'après le décès de celui-ci la mère doit recouvrer un droit dont c'est bien elle qui profitera désormais.

Si la veuve contracte des relations coupables et donne le jour à des enfants naturels, elle ne saurait être privée de l'usufruit légal. Sans doute, la loi morale est violée, mais la loi écrite a gardé le silence. Elle a peut-être considéré cette hypothèse comme une rare exception, peut-être même n'a-t-elle pas voulu que l'inconduite d'une mère devînt pour des enfants la source d'une réclamation intéressée.

L'usufruit légal s'étend sur tous les biens des enfants autres que ceux qui sont exceptés par la loi.

Or, elle excepte les biens acquis par *un travail et une industrie séparés*, et ceux qui ont été donnés ou légués aux enfants sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas (art. 387, Cod. civ.).

Elle en excepte encore les biens que les enfants ont recueillis de leur chef dans une succession dont le père ou la mère a été déclaré indigne (art. 730, Cod. civ.).

Enfin, elle prive de l'usufruit le survivant des père et mère qui a négligé de faire faire inventaire des biens de la communauté (art. 1442, Cod. civ.).

En laissant aux enfants l'entière disposition des biens acquis par *un travail et une industrie séparés*, la loi a voulu encourager des goûts et des penchants utiles.

Il faut bien remarquer que, par ses termes, la loi suppose que l'enfant ne travaille pas chez ses parents, ou que tout au moins, s'il vit auprès d'eux, son travail est sans connexité avec leur propre industrie.

Or, comment se fait-il que l'enfant qui ne peut pas quitter la maison paternelle, et qui doit aux auteurs de ses jours le fruit de tous ses labeurs, ait le loisir d'employer son temps dans un intérêt tout personnel?

Il faut supposer que l'enfant a l'agrément au moins tacite de son père ou de sa mère, ou bien qu'il a rompu violemment avec eux.

Dans ce dernier cas il est, sans doute, le maître absolu de ce qu'il gagne, sauf à courir les chances d'un mécontentement légitime : dans le premier, sa position est régulière et digne d'éloges.

Les sommes gagnées au jeu ou par l'effet d'un pari ne sont certes pas des biens acquis par le travail : dès lors l'usufruit légal doit pleinement les atteindre. Il en est de même des biens qui proviennent de la découverte d'un trésor.

La condition par laquelle l'auteur d'une libéralité faite à un enfant enlève au père ou à la mère l'usufruit légal n'a rien que de très-licite ; mais celle qui aurait pour but de les dépouiller de l'administration même des biens compris dans la libéralité serait nulle comme contraire à l'ordre public.

Elle n'atteindrait plus la puissance paternelle dans une conséquence purement pécuniaire, elle la blesserait dans son principe, elle dérogerait à une prérogative qui tient essentiellement aux éléments moraux dont elle se compose, et qui fait partie du gouvernement de la famille.

En vain M. Duranton, n° 375, en note, distingue-t-il le cas où le père est dissipateur et celui où il ne l'est pas. Un principe général, fondé sur les considérations les plus élevées, doit dominer les faits et résister à leurs capricieuses nuances.

D'ailleurs, comment admettre une distinction selon laquelle la moralité du père ou de la mère deviendrait nécessairement un fait préjudiciel mis en question par l'enfant?

La condition qui soustrait seulement à l'usufruit

les biens donnés ou légués n'est pas valable quand elle s'applique à des biens composant pour l'enfant sa réserve légale. Alors l'auteur de la libéralité, qui pouvait ne pas donner la quotité disponible, mais qui ne pouvait pas ne pas laisser la réserve, ne saurait faire de celle-ci l'objet de la moindre condition. L'enfant la tient de la volonté de la loi plutôt que de la volonté de l'homme, il subira donc les charges auxquelles la loi elle-même la soumet en la lui transmettant.

L'usufruit légal entraîne pour les pères et mères certaines obligations.

L'art. 385 leur impose d'abord celles auxquelles sont tenus tous les usufruitiers. Je les développerai au titre même de l'usufruit, et l'on verra qu'à leur égard la loi modifie quelquefois ses exigences générales.

L'art. 385 leur impose ensuite le devoir de nourrir, entretenir et élever les enfants selon leur fortune. Mais ici il y a dans la loi un renversement d'idées que M. Duranton, n° 398, signale en ces termes avec beaucoup de bonheur : « Ce qui subsiste par soi-même n'est point une conséquence. Cette charge ne dérive pas de la jouissance, mais de la paternité : la jouissance est plutôt effet que cause, ou tout au moins c'est une compensation. »

L'auteur de ces paroles aurait dû penser, pour être conséquent avec lui-même, que le père ou la mère n'a pas le droit d'imputer les frais d'entretien et d'éducation d'un enfant mineur sur les revenus

des biens légués à celui-ci à condition qu'ils ne seraient pas soumis à l'usufruit légal.

Cependant il exprime, au titre du mariage, n° 417, un avis opposé.

Le texte et l'esprit de la loi s'élèvent contre cette doctrine.

L'art. 203, Cod. civ., dit en termes énergiques que les époux contractent *par le fait seul du mariage* l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Il n'ajoute pas que ce devoir cessera ou subira une modification lorsque les enfants auront des biens personnels dont les revenus seront leur propriété exclusive.

Ce principe est répété d'une manière tout aussi absolue dans l'art. 1409, Cod. civ., d'après lequel la communauté doit supporter les frais d'éducation et d'entretien des enfants, et qui les qualifie de *charge du mariage*.

Ne voit-on pas que, si le père ou la mère pouvait imputer ces frais sur les revenus personnels des enfants, il ne remplirait pas le devoir que la nature même lui impose? Celui-là, certes, n'acquitte point sa dette qui donne pour se faire rendre.

Vainement invoque-t-on les art. 208 et 209, Cod. civ., qui subordonnent la dette des aliments au besoin de celui qui les réclame.

Il ne faut pas confondre ce genre de dette avec l'entretien et l'éducation des enfants mineurs.

L'obligation de fournir des aliments, soit aux enfants majeurs, soit à d'autres membres de la famille, est éloignée, accidentelle; l'obligation d'entretenir et

d'élever des enfants mineurs est immédiate, nécessaire; l'une est une loi naturelle et sociale, l'autre est une loi purement naturelle; la première est une ressource offerte au malheur, la seconde est un tribut imposé au nom seul de la minorité.

Le principe est le même s'il s'agit des biens que l'enfant a acquis par un travail et une industrie séparés. Bien plus, il y a, dans ce cas, des motifs particuliers pour le décider ainsi.

En effet, s'il était permis au père ou à la mère d'exiger un jour l'imputation des frais d'entretien et d'éducation des enfants mineurs, sous le prétexte que ceux-ci, par leur travail, pouvaient se suffire à eux-mêmes, que deviendraient les encouragements que la loi a voulu donner à des talents précoces ou à une industrie naissante? Et d'ailleurs, si c'est avec l'agrément de son père ou de sa mère qu'un enfant s'est livré à une industrie séparée, n'a-t-il pas, en quelque sorte, acquis sur les fruits de son labeur, par la propre volonté de celui à qui il était soumis, un droit de propriété individuel et irrévocable?

Au reste, personne ne conteste que les dépenses faites dans l'intérêt d'un enfant avant qu'il eût acquis des biens propres par une cause quelconque ne peuvent pas lui être réclamées. Aux yeux de tout le monde, le passé est, en pareil cas, un fait accompli.

L'art. 385 met encore à la charge de l'usufruitier légal le paiement des arrérages de rente ou intérêts des capitaux.

Il est difficile de croire que la loi ait voulu parler d'autres arrérages de rente ou d'autres intérêts de

capitaux que ceux qui ont couru depuis l'ouverture même de l'usufruit, et qu'elle n'ait pas fait ainsi de l'obligation et du droit deux choses essentiellement corrélatives. Si, par suite de souvenirs empruntés à l'ancien droit, ou bien en vertu de considérations particulières qu'il est difficile de prévoir, la loi avait eu une pensée moins logique et moins raisonnable, elle l'aurait sans doute exprimée d'une manière formelle.

Enfin, la loi met à la charge de l'usufruitier légal *les frais funéraires et de dernière maladie.*

S'agit-il des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant, ou de ceux des personnes dont l'enfant a été héritier?

Des auteurs pensent que la loi a voulu faire allusion aux frais funéraires et de dernière maladie de ces personnes, parce que tel était le principe admis par le droit coutumier.

D'autres font remarquer que, dans le droit coutumier, toutes les dettes mobilières des personnes auxquelles les enfants avaient succédé étaient mises à la charge de celui qui avait la jouissance de leurs biens, et que la nécessité de payer les frais funéraires et de dernière maladie de ces mêmes personnes n'était que la conséquence de cette règle absolue. Or, le Code civil n'ayant pas admis la règle, est-il logique de penser qu'il ait voulu consacrer l'une de ses applications spéciales?

Combien j'aime mieux croire qu'il faut appliquer la loi obscure aux frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant, et que le père ou la mère,

héritier d'une partie de ses biens, après avoir, pendant sa vie, profité de ses revenus, payera en totalité cette dette suprême, pour lui rendre à son tour un pieux hommage !

Toute la théorie de la puissance paternelle dans ses rapports avec les biens des enfants est étrangère aux pères et mères naturels. L'appât d'un usufruit aurait pu donner plus d'une fois l'idée d'une reconnaissance frauduleuse. D'ailleurs l'exclusion que la loi prononce à cet égard, par un silence qui l'honore, devient une utile sanction du mariage.

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

(1) Le *Titre préliminaire* du Code civil se trouve renfermé dans l'Introduction.

33

FIN DE LA TABLE.

MOIS DE MARIE, recueil de trente-trois chœurs, hymnes et cantiques à trois voix égales, avec accompagnement d'orgue ou de piano et de contre-basse non obligée, composé pour les maisons religieuses, les pensionnats et les écoles de musique; — Paroles de M. Dralliat, musique de J. Arnaud, dédié à Mgr. l'évêque de Grenoble, et revêtu de son approbation. Un fort vol. in-4° de 300 pages environ, sur beau papier vélin, paraissant par livraison de trente pages, de dix jours en dix jours.

L'ouvrage sera complet en dix livraisons.

Le prix de l'ouvrage, pour les souscripteurs, est de 20 fr. payables après son entière publication.
L'ouvrage terminé se vendra 30 fr.

LEÇONS DE BOTANIQUE à l'usage des deux sexes, ou Instruction sur le règne végétal, présentée à l'esprit et au cœur; ouvrage approprié aux maisons d'éducation, par Mme Bonifas-Guizot. Un beau vol. in-12, avec planches. 2e édition, revue et corrigée. 4 fr.

Cet ouvrage a été approuvé par le conseil royal de l'instruction publique pour les écoles normales et primaires, et le gouvernement en a pris pour toutes les écoles normales. Un grand nombre de journaux en ont fait l'éloge le plus flatteur.

FLORE DU DAUPHINÉ, ou Description succincte des plantes qui croissent naturellement en Dauphiné, ou cultivées pour l'usage de l'homme et des animaux, précédée d'un précis de botanique, de l'analyse des genres, d'après Linnée, avec planches. 2 vol. in-12, 10 fr.

La *Flore du Dauphiné* peut servir à l'étude de la botanique dans presque toute la France; car cette province, très-riche en expositions variées, contient à peu près toutes les plantes de France, excepté celles des bords de la mer et celles de localités particulières, principalement dans les Pyrénées et dans la Provence.

VIE DE SAINT HUGUES, évêque de Grenoble, suivie de la vie de Hugues II, son successeur; d'un extrait d'une biographie de saint Hugues, abbé de Léoncel, et d'une notice biographique sur les évêques de Grenoble. Un beau vol. in-8°. Prix : 7 fr. 50

Sous le rapport politique, la vie de saint Hugues est fort remarquable : ce grand prélat fut vraiment le pasteur de son troupeau; il lutta pendant toute sa vie de toute la force de sa puissance, soit contre les ennemis extérieurs, soit contre les grandes maisons du pays, dont l'ambition envahissante menaçait continuellement les libertés publiques.

ICHNOGRAPHIE DE LA FONTAINE MONUMENTALE érigée par la ville de Chambéry à la mémoire du général comte de Boigne, et sculptée par M. Sappey, de Grenoble, ouvrage composé de 11 planches dessinées par M. Cassien, précédées d'un texte historique. In-folio, papier jésus vélin, imprimé avec luxe. 15 fr.

La pensée de l'artiste a été parfaitement rendue dans l'exécution de ce monument; son ensemble résume, pour ainsi dire, l'histoire du général en l'honneur duquel il est élevé.
L'habile crayon de M. Cassien l'a parfaitement reproduit dans tous ses détails.

